

France

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

HISTOIRE
DE
L'EXCEPTION
EN
DROIT ROMAIN
ET DANS
L'ANCIENNE PROCÉDURE FRANÇAISE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Jeudi 15 décembre 1887, à deux heures et demie

PAR

RAYMOND CARRÉ DE MALBERG

Président : M. GLASSON.

Suffragants { MM. LYON CAEN, professeur.
MICHEL LÉON
LE POITTEVIN } agrégés.

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1887

DROIT ROMAIN

TABLE DES MATIÈRES

TROISIÈME PARTIE.

FIN DE LA TABLE

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. — Précis de Droit Romain. Tome II, nos 890 et suivants.

BEKKER. — Die Actionen des römischen Privatrechts. (Berlin, 1873).

BETHMANN-HOLLWEG.— Der Civilprocess des gemeinen Rechts. Tome II. Der römische Civilprocess. § 99.

BIRKMEYER. — Die Exceptionem im *bonæ fidei judicium*. (Erlangen, 1874).

BONJEAN. — Traité des Actions chez les Romains. Tome II, §§ 309 et suivants.

EISELE. — Die Materielle Grundlage der *Exceptio*. (Berlin, 1871).

EISELE. — Zur Geschichte der processualen Behandlung der Exceptionen. (Berlin, 1875).

IHERING. — L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, (traduction de Meulenaere). Tome IV, §§ 50 et suivants.

KARLOWA. — Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen. (Berlin, 1872), § 46.

KELLER. — De la procédure civile et des actions chez les Romains. (traduction Capmas), §§ 34 et suivants.

KNAPPE. — Versuch einer Entwickelung des Begriffes der Exceptionen, mit Rücksicht auf die Beweislast. (Munich, 1835).

LENEL. — Uber Ursprung und Wirkung der Exceptionen. (Heidelberg, 1876).

ORTOLAN ET LABBÉ. — Explication historique des Instituts. Tome III, Livre IV, Titre 13. Des Exceptions.

SAVIGNY. — Traité de droit romain. (traduction Guenoux). Tome V, §§ 226 et suivants.

SELL. — De exceptionum usu qui legis actionum tempore fuerit commentatio. (Bonn. 1867).

ZIMMERMANN. — Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift. (Giessen, 1872).

ZIMMERN. — Traité des Actions ou théorie de la procédure privée chez les Romains. (traduction Etienne), §§ XCI et suivants.

INTRODUCTION

De nos jours, l'étude du droit romain tend à devenir de plus en plus une étude historique. La science moderne ne se contente plus, pour apprécier les institutions juridiques du peuple romain, de les envisager dans leur dernière expression, à l'époque où elles ont atteint leur entier perfectionnement. Telle était jadis la méthode de nos grands jurisconsultes du seizième siècle. Aujourd'hui, les avantages de la méthode historique l'ont fait adopter et consacrer par la plupart des interprètes du droit romain.

Cette méthode historique ne se borne pas simplement à assigner une date aux phénomènes juridiques et à établir l'ordre chronologique dans lequel ces phénomènes se sont succédé. Elle consiste surtout à déterminer la cause, la raison d'être des transformations et des vicissitudes par lesquelles a passé toute législation.

Remontant aux traditions primitives, elle s'efforce de rendre compte des origines de chaque institution juridique, elle recherche dans quelles circonstances ces institutions ont vu le jour, sous l'empire de quelles nécessités elles se sont transformées, et comment elles se sont façonnées peu à peu jusqu'à arriver à leur point de perfection. Lorsqu'on a ainsi parcouru une à une les diverses étapes de l'évolution accomplie par une législation, et qu'on parvient enfin à l'époque où les systèmes juridiques ont reçu leur entier développement, il devient facile de pénétrer tous les détails de ces systèmes, parce que l'histoire nous a donné la clef de chacun d'eux.

Le droit romain plus que tout autre se prête à ce genre d'investigations. Il ne faut pas essayer d'expliquer d'un seul coup ses institutions et de pénétrer directement dans ses théories. A Rome, tous les citoyens ont contribué au développement du droit. Le peuple dans ses comices, le magistrat dans son Edit, l'empereur et le Sénat travaillent d'une manière constante à la formation du droit et à son perfectionnement ; les jurisconsultes, par leur enseignement et leurs écrits, lui donnent sa dernière expression. Le système juridique de l'époque classique n'est que le résultat d'un long et patient travail : c'est un édifice auquel chaque âge, chaque génération a apporté sa pierre. Pour comprendre ce système, il faut remonter à ses origines lointaines et suivre une à une les transformations qu'il a subies.

La théorie des exceptions est d'ailleurs une de celles qui exigent le plus impérieusement qu'on leur applique le témoignage de l'histoire. La division des défenses en défenses *ipso jure* et en exceptions n'a qu'une significa-

tion purement historique ; elle repose uniquement sur la division des sources du droit romain en sources civiles et en sources prétoriennes. C'est pour avoir méconnu le fondement historique de cette distinction que les Glossateurs et les anciens juristes ont fait de la théorie des exceptions quelque chose d'incompréhensible et de méconnaissable. De nos jours, ceux qui comme Savigny, ont voulu chercher le fondement de l'exception en dehors de l'histoire, dans la nature même du droit qu'elle sert à faire valoir en justice, ont fait fausse route et sont tombés dans les contradictions les plus manifestes. La notion de l'exception n'est point de celles qui, fondées sur la nature même des choses, se retrouvent inévitablement à toutes les époques et dans toutes les législations. La notion de l'exception est purement romaine : elle suppose, ainsi qu'on l'a dit[1], un antagonisme dans le droit romain, antagonisme du *jus civile* et du *jus honorarium* ; elle éveille l'idée d'un moyen prétorien par opposition aux moyens civils. Dans une législation comme la nôtre, où semblable antagonisme n'existe pas, l'exception ne se comprend plus, elle a perdu sa raison d'être.

Notre dessein n'est pas d'étudier la théorie des exceptions dans toutes ses parties, mais simplement d'exposer dans ses grandes lignes l'histoire des exceptions, en insistant particulièrement sur leur origine prétorienne et en essayant de faire ressortir le caractère romain et historique de la division des défenses en défenses *ipso jure* et défenses *exceptionis ope*. Quant à notre plan, il

[1] Accarias. Précis de droit romain. Tome II n° 890 page 1193, (1re Edition.)

est tout tracé. L'histoire de la procédure à Rome se décompose en trois périodes : période des *legis actiones*, période formulaire et période de la *cognitio extraordinaria*. A chacune de ces périodes correspond naturellement un chapitre de l'histoire des exceptions.

Avant d'aborder notre sujet, il n'est pas sans intérêt de préciser le sens du mot exception. Cela peut être d'autant plus utile que ce mot désigne à lui tout seul trois choses bien distinctes.

I. On donne parfois le nom d'exception au fait même, au moyen sur lequel l'exception repose et qui forme l'objet d'une insertion dans la formule : *quia omnis exceptio ita formulæ inseritur ut conditionalem faciat condemnationem*[1]. C'est en ce sens qu'on dit que le défendeur qui invoque à l'encontre du demandeur le dol, la *metus*, le *jusjurandum*, élève une exception. Dans cette première acception, le mot exception désigne donc tout fait dont le défendeur peut se prévaloir pour repousser une action fondée *ipso jure*. Un semblable langage n'est peut-être pas d'une rigoureuse exactitude. Le dol, la violence, le serment ne sont pas à vrai dire des exceptions ; la vérité est plutôt qu'ils ont pour effet d'engendrer une exception. Qualifier ces faits d'exceptions, c'est confondre l'exception, moyen de défense, avec le fait qui lui sert de base.

II. Stricto sensu, l'exception est un moyen de procédure, une arme de défense d'une nature spéciale. Les exceptions, dit la Glose, sont des instruments de défense : *exceptiones sunt arma reorum*[2] ; traduction libre

[1] Gaius. IV, 119.
[2] Gloss. in Inst. pr. de except. IV, 13.

d'un texte de Gaius ainsi conçu : *Comparatæ sunt exceptiones defendendorum eorum gratiâ cum quibus agitur*[1]. L'exception n'est donc pas autre chose qu'un instrument de procédure, une arme protectrice, permettant au défendeur d'opposer victorieusement à la prétention de son adversaire des faits qui paralysent cette prétention sans la détruire. Il est clair que l'exception dans cette définition est envisagée uniquement au point de vue de la procédure, comme moyen de défense d'une certaine espèce. Et en effet, l'exception n'a pas été autre chose à Rome qu'une création de pure procédure.

C'est un trait caractéristique du droit romain, et en particulier du droit honoraire, de s'être servi de la procédure pour accomplir dans le fond du droit les réformes les plus considérables. On a dit de l'Edit du préteur qu'il avait été avant tout une ordonnance de procédure[2] ; et de fait c'est sur le terrain de la procédure que se place le préteur pour introduire ses réformes et ses innovations[3]. L'institution des exceptions, qui était appelée à modifier si profondément les principes essentiels du *jus civile*, fut au début une simple innovation de procédure. Le préteur, qui s'apprêtait à transformer ces principes du vieux droit quiritaire, ne les attaqua pas de face, n'en prononça pas l'abolition. Sans doute, il eût excédé ses pouvoirs en abrogeant purement et simplement les lois de l'*ipsum jus*, pour y substituer des

[1] Gaius. IV, 116.
[2] Giraud. L'Edit Prétorien, page 19.
[3] C'est ainsi encore que les Romains ont utilisé le mécanisme de la *litis contestatio* pour organiser, grâce à un artifice de procédure, un mode nouveau et plus avantageux de cession des créances.

règles nouvelles. L'édit prétorien ne pouvait pas déclarer nuls et inexistants des droits ou des obligations consacrés par le *jus civile* : de tels droits étaient inviolables et demeuraient en quelque sorte en dehors de l'atteinte du préteur. Aussi l'Edit ne toucha-t-il pas à leur validité. Le préteur se borna à promettre aux défendeurs qu'il entendait protéger contre une poursuite fondée en droit pur, un moyen de défense d'un nouveau genre, tendant à paralyser la demande sans la contredire : ce moyen de procédure était l'exception. En apparence, rien n'était changé aux principes de l'*ipsum jus ;* malgré l'exception, les droits consacrés par cet *ipsum jus* restaient debout et subsistaient extérieurement dans leur intégrité. Mais en réalité, ces droits étaient désormais sans valeur, sans efficacité ; et les jurisconsultes en arrivent à nous dire : *Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur*[1].

L'exception n'est donc en définitive qu'un moyen de procédure, fondé sur le mécanisme de la formule, et imaginé par l'Edit, pour soustraire les défendeurs à certaines demandes valablement intentées aux termes du droit civil. Voilà pourquoi l'on dit habituellement de l'exception, qu'elle paralyse le droit du demandeur sans le nier. Cela ne signifie point qu'il existe, au fond, une différence essentielle et nécessaire entre les moyens sur lesquels se base la défense et ceux d'où naît une exception. Pour peu qu'on aille au fond des choses, on arrivera à se convaincre que l'acceptilation ou le pacte

[1] Loi 112. D. de Reg. Jur. liv. L. tit. 17. Cf. fr. 7. § 8 de dol. IV, 3. » Quasi nulla sit actio quæ exceptione repellitur. »
— Fr. 42 § 1. de obl. et act. XLIV, 7.
— Fr. 55 de verb. signif. L. 16.

de non petendo, l'usucapion ou la *præscriptio longi temporis*, pris en eux-mêmes, sont des moyens de même nature. Seulement, les uns procèdent du *jus civile*, et constituent des modes d'extinction des droits : on dit alors qu'ils sont la négation de l'*intentio* du demandeur. Les autres émanent du préteur ; et, si l'on dit qu'ils tendent à paralyser, sans la nier, la prétention du demandeur, c'est que le préteur ne peut pas abroger des droits que le *jus civile* déclare valables : le préteur ne peut que paralyser l'efficacité de ces droits par la voie détournée d'une exception, simple instrument de procédure. En résumé, la distinction des défenses *ipso jure* et des exceptions ne repose donc pas sur la nature des moyens qu'elles servent à faire valoir, mais bien sur la division de la législation romaine en *jus civile* et en *jus honorarium*.

III. Enfin, on entend encore par exception la clause de la formule, l'*adjectio formulæ*, destinée à soumettre au juge les faits sur lesquels l'exception repose et qui n'est pas autre chose que l'enveloppe, le moule dans lequel le préteur a jeté l'exception. Cette troisième acception du mot exception ne se confond pas avec la précédente. Ainsi nous verrons que le défendeur à l'action de bonne foi peut, sous le système formulaire, oppose à la demander l'exception de dol, sans l'avoir fait insérer préalablement dans la formule. En pareil cas, le moyen tiré du dol ne fait pas l'objet d'une *adjectio formulæ*, et cependant les jurisconsultes nous diront que ce moyen ne cesse pas d'être une exception. C'est donc qu'il ne faut pas confondre l'exception, arme de défense, avec l'exception, partie accessoire de la formule.

Nulle part plus qu'à Rome il n'est vrai de dire que les petites causes produisent les grands effets. C'est par de petits moyens, que le préteur a tenté et accompli ses réformes les plus considérables. Cette petite clause de l'exception, insérée dans les formules d'actions, était appelée à transformer entièrement la physionomie du droit romain. Elle allait, dans une infinité de cas, apporter un correctif d'équité aux rigueurs du formalisme primitif, et elle devait contribuer puissamment à la formation définitive du droit romain, tel que nous le connaissons à l'époque classique.

PREMIÈRE PARTIE

PROCÉDURE DES LEGIS ACTIONES

CHAPITRE PREMIER

Y AVAIT-IL DES EXCEPTIONS SOUS LES LEGIS ACTIONES?

Nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Si nous plaçons en tête de notre étude historique ces quelques mots empruntés au IVe commentaire de Gaius, (§ 108) c'est qu'ils forment, pour l'époque la plus ancienne du droit romain, le seul renseignement positif qui nous soit parvenu relativement à l'institution des exceptions. Encore le renseignement fourni par Gaius manque-t-il évidemment de précision, puisque les interprètes se sont divisés sur la signification qu'il convient de donner au § 108. Les uns ont attribué à ce texte une portée plus restreinte et ont dit que Gaius avait envisagé l'exception dans sa forme, et au point de vue uniquement de la procédure : il est certain qu'à cet égard, les exceptions, s'il y en avait sous

l'empire des *legis actiones*, durent être opposées dans une forme et par des voies de procédure toutes différentes de celles que nous indique Gaius lui-même pour la période du procès formulaire (IV, 119). Les autres prêtent au § 108 une signification beaucoup plus énergique et prétendent qu'à l'époque des *legis actiones* l'exception, source de paralysie des droits et des actions, n'existait pas du tout : en d'autres termes la pensée de Gaius serait que le droit des *legis actiones* n'avait pas encore reconnu au profit des défendeurs la faculté d'opposer à l'action les moyens de défense qui plus tard ont été invoqués sous forme d'exceptions [1]. Ainsi, le témoignage de Gaius, le seul dont nous eussions pu espérer quelque éclaircissement, est équivoque et fait l'objet de controverses. Il n'est donc pas possible de tirer parti du § 108 pour résoudre le difficile problème des origines de l'exception ; mais il faut, au contraire, avoir résolu ce problème pour pouvoir ensuite prendre parti sur la signification véritable du texte de Gaius.

D'ailleurs, nous l'avons dit, en dehors de ce texte obscur, les renseignements font entièrement défaut. Les fragments nombreux des jurisconsultes qui ont fixé la théorie des exceptions à l'époque classique, sont muets sur les origines et sur les développements

[1] La phrase contenue dans le § 108 est en effet amphibologique. Il n'est pas possible de dire à priori si la négation *nec* porte sur les mots *ita ut nunc* ou sur les mots *usus erat illis temporibus exceptionum*. Dans le premier cas, le texte de Gaius devrait être ainsi interprété : il y a eu des exceptions jadis, mais elles devaient être opposées dans une forme différente de celle que nous employons aujourd'hui. Dans le second cas, ce texte signifierait au contraire : les exceptions dont nous faisons actuellement usage, étaient complètement inconnues au temps des *legis actiones*.

successifs de cette théorie. Y avait-il des exceptions à l'époque des *legis actiones?* dans quelle forme étaient-elles usitées? quels étaient leurs effets? Voilà ce que ne nous disent point les textes, et telle est cependant la question qui s'impose à nos recherches. En réalité, cette question en comprend deux bien distinctes, et qu'il importe de ne pas confondre.

1. Les faits qui à l'époque classique sont opposés à la demande par voie d'exceptions, engendraient-ils déjà des moyens de défense sous la procédure des *legis actiones ?*

2. Ces moyens de défense, s'ils existaient déjà sous les *legis actiones*, pouvaient-ils être opposés dans la forme de l'exception?

En l'absence de documents positifs, les réponses les plus diverses ont été proposées, les conjectures les plus variées ont été émises. Nous aurons à nous prononcer sur la valeur des différents systèmes qui ont été soutenus. Avant tout, il importe, croyons-nous, de chercher dans les principes généraux du droit romain primitif, les éléments d'une réponse à la double question que nous venons de nous poser.

Le principe général sur lequel repose tout le système juridique de l'ancienne Rome, c'est le formalisme. Aussi longtemps que dure la procédure des *legis actiones*, le vieux droit romain nous apparaît dominé entièrement et exclusivement par les règles du formalisme; et, même après la disparition de l'ancien système de procédure, alors que des idées nouvelles fondées sur l'équité et empruntées au *jus gentium* seront parvenues à se faire jour et à se substituer presque partout à la rigueur des idées primitives, les vieux principes forma-

listes se conserveront encore pendant des siècles à Rome, comme le fondement immuable de tout l'édifice juridique, comme l'expression la plus parfaite du vieux droit national, *quasi jus proprium ipsius civitatis.* (Gaius. I, 1).

Essayer de retracer la théorie du formalisme, dans l'ancien droit romain, ce serait vouloir étudier une à une toutes les institutions primitives de ce droit. Nous nous bornerons à exposer parmi les principes du droit formaliste ceux qui se rattachent plus particulièrement à notre sujet, ceux dont il nous est permis de tirer quelques conclusions relativement aux origines de l'exception.

SECTION PREMIÈRE. — *L'exception et le Formalisme du Droit romain primitif.*

Dans le très ancien droit romain, tous les actes juridiques consistent dans l'emploi d'une forme, d'une solennité. C'est là, on le sait, un principe absolu, qui s'applique sans exception à tous les actes de la vie juridique, quel que soit leur but ou leur nature ; de tous il est vrai de dire qu'ils tirent leur validité et leur efficacité de la forme dans laquelle ils ont été passés.

Ce qu'il y a de particulièrement saisissant pour nous dans ce formalisme, et ce qu'il importe de mettre en relief, c'est moins la nécessité de recourir à des formes solennelles que la puissance irrésistible de ces formes une fois employées. Cette puissance irrésistible de la

forme se manifeste par exemple dans la matière des conventions. Aujourd'hui, dans nos idées modernes, quand nous nous plaçons en présence d'un contrat et que nous voulons nous assurer de la validité de ce contrat, il ne nous suffit pas de reconnaître à la base de l'engagement pris par les parties, un accord réciproque de volontés intervenant entre personnes capables sur un objet licite. A côté de cette question principale, d'autres questions en nombre infini et bien plus délicates peuvent surgir. La volonté des parties a-t elle été libre ? leur consentement ne se trouve-t-il pas vicié par l'erreur, n'a-t-il pas été surpris par des manœuvres frauduleuses ou arraché par la violence ? quelle est la cause naturelle de l'obligation du promettant, cette cause est-elle licite et véritable ? Ce n'est pas tout : le juge moderne aura à interpréter la convention reconnue valable, il devra s'en rapporter pour cela moins aux termes du contrat qu'à l'intention probable des contractants ; les circonstances qui ont environné la convention, l'intention des parties, le but qu'elles ont poursuivi, lui serviront tour à tour d'éléments d'appréciation. *In contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est.*

Tout autre est la théorie du droit romain primitif. Les actes juridiques échappaient alors à l'analyse du juge, qui ne pouvait en aucun cas suppléer à ce que les parties n'avaient pas dit expressément. Spécialement en matière de conventions, une seule question s'imposait au juge : les solennités juridiques, qui donnent naissance à des droits et à des obligations, ont-elles été accomplies ? Là où le juge avait constaté l'existence de la forme, là était le droit, sans qu'il y eût à rechercher le

pourquoi ou le comment du consentement du promettant, non plus que la mesure dans laquelle les parties avaient eu l'intention de se lier. Ainsi, les formes solennelles employées par les contractants assuraient doublement la sécurité du créancier qui avait reçu l'engagement. D'abord elles lui fournissaient un moyen de preuve : les actes formalistes se servent en effet de preuve à eux-mêmes. Et puis en second lieu, elles lui garantissaient qu'aucune contestation ne pourrait être soulevée sur la validité de l'engagement pris par le débiteur.

C'est en ce sens que nous avons parlé de la puissance irrésistible de la forme ; cette forme reconnue par le juge s'impose et ne laisse plus place à la discussion. Les droits qui naissent des actes formalistes sont à l'époque ancienne des droits inattaquables : le dol ni la violence, l'erreur ni la lésion, l'absence de cause naturelle [1] ni la cause illicite ne peuvent leur être opposés. *Coactus volui, sed volui* : je me suis engagé sous l'empire d'une crainte qui est exclusive du consentement ; mais, il importe peu, la forme solennelle dans laquelle j'ai consenti, couvre les vices de mon consentement. De même, (aux Institutes de Just. § 1 de Except. IV, 13) je t'ai promis par erreur ce que je ne devais pas, ou bien je me suis constitué débiteur de cent écus qu'un capita-

[1] Dans un certain nombre d'actes formalistes, la cause naturelle n'est cependant pas complétement passée sous silence. Qu'on se rappelle notamment le *isque mihi emptus est* de la mancipation. (Gaius I, 119.) Mais cela ne veut pas dire que la réalité de cette cause naturelle fût indispensable. Dans la mancipation, la cause vraie ou fausse était indifférente : la mancipation opère la translation de la propriété en l'absence de toute cause.

liste stipulait de moi, *quasi credendi causa*, et qui plus tard ne m'ont pas été comptés. Mon engagement procède d'une erreur, repose sur une fausse cause : il est pourtant valable. Dans toutes ces hypothèses, je suis lié par la forme de ma promesse. *Forma dat esse rei:* ce n'est pas l'intention des parties, c'est la forme de leur convention qui motive l'obligation et qui en donne la mesure. La forme emporte le fond.

Qu'un tel système ait eu de réels inconvénients, et ait offert des dangers continuels pour ceux qui s'engagent, c'est ce qu'il serait superflu de vouloir démontrer. Mais il faut remarquer que la théorie formaliste présentait aussi ses avantages. Elle avait notamment pour effet heureux d'épargner au juge des recherches trop difficiles, une analyse par trop délicate de la volonté des parties. Savoir dans quelles circonstances, sous quelles influences les parties ont été amenées à contracter, ce sont là des questions d'intention, des questions subjectives, dont la solution est parfois fort embarrassante. Ne discute-t-on pas aujourd'hui encore pour savoir ce qui est dol et ce qui ne l'est pas ? dans quels cas l'erreur est exclusive du consentement, dans quels cas elle le laisse subsister ? Pour éviter ces recherches délicates, le vieux droit romain s'était attaché uniquement à un signe extérieur facilement reconnaissable : c'était l'acte formaliste. Quand cet acte avait été passé, les effets étaient produits inévitablement. La question posée au juge était donc de la plus grande simplicité. Le débiteur s'est-il engagé dans l'une des formes d'où naissent les obligations ? Question purement objective, et par là même facile à trancher.

En résumé, nous tirons des principes formalistes une

première donnée qui est la suivante. Nécessité pour les personnes qui veulent se lier par une convention, de recourir à des formes solennelles. Le juge chargé de faire exécuter la convention, se borne à constater que les formalités solennelles ont été remplies, les paroles sacramentelles prononcées : il est lié par ces formes et ces paroles, tout pouvoir d'appréciation lui est refusé.

Voilà pour les actes juridiques générateurs de droits et d'obligations. A un second point de vue, nous trouvons dans le droit formaliste la confirmation des idées qui viennent d'être exposées. Qu'on se rappelle en effet les principes sur lesquels dans le très ancien droit repose la théorie de l'extinction conventionnelle des obligations. Ici encore le formalisme primitif imposait aux parties la nécessité de recourir à l'une des formes consacrées par la loi. Le vieux droit est formaliste aussi bien pour éteindre que pour créer des droits. Les modes non formalistes tels que le paiement sont des procédés de formation secondaire, et datent d'une époque relativement récente [1].

On remarquera d'ailleurs que le système du droit primitif en matière d'extinction des obligations n'était que le complément, le corollaire logique et indispensable de ce principe plus général, aux termes duquel le juge romain ne peut s'inspirer que d'éléments purement formalistes pour trancher les questions litigieuses qui lui sont soumises. De même donc qu'en dehors de la forme proprement dite, les circonstances qui ont pu

[1] Nous avons sur ce point le témoignage positif de Tite-Live. (Histoire romaine VI. 14.)

accompagner la conclusion d'un engagement contractuel échappent à l'examen du juge, de même aussi il avait fallu admettre qu'aucun événement postérieur à la formation de cet engagement ne pourrait affaiblir l'énergie du lien de droit qui en était issu. Seule une formalité nouvelle était capable de défaire ce que la première formalité avait fait. La force de ce principe est telle, qu'on en retrouve encore des vestiges dans les textes des jurisconsultes classiques, à une époque où cependant le principe demeure sans portée et ne se survit plus à lui-même qu'à cause du respect dû aux anciennes traditions[1].

Il est donc bien certain que le vieux droit formaliste ne tenait aucun compte de faits qui à une époque postérieure feront naître au profit des débiteurs des moyens de défense paralysant le droit et l'action des créanciers. Suppose-t-on par exemple une obligation née du contrat solennel *per æs et libram :* dans aucun cas, l'extinction de cette obligation ne pouvait résulter d'un événement autre qu'une nouvelle solennité *per æs et libram*[2]. De même pour l'obligation issue du contrat *verbis*. Ni le pacte de remise consenti par le créancier à son débiteur, ni la transaction intervenue pour éviter une contestation, ni la survenance au profit du débiteur d'une cause de compensation ne suffisaient à modifier la relation de droit existant entre les parties. Il fallait de toute nécessité recourir à la forme même d'où était issue l'obligation qu'on se proposait d'éteindre; cette

[1] Gaius, loi 100 de Reg. jur. L. 17. Pomponius loi 80 de Sol. XLVI,3.

[2] Gaius. III, § 173.

forme qui seule avait pu créer une obligation, était seule aussi à pouvoir l'éteindre[1].

Finalement, l'on voit que le vieux droit formaliste avait extraordinairement simplifié le procès qui s'élève entre deux personnes dont l'une se prétend créancière de l'autre *ex contractu*. Les questions que soulève ce procès n'étaient pas des questions de droit, mais de pures questions de fait : Le lien de droit prétendu par le demandeur a-t-il son origine dans l'un des actes solennels consacrés par la loi ? Ce lien de droit une fois établi n'a-t-il pas été brisé par l'effet d'une seconde solennité venant révoquer la première ? De ces questions de pure forme, découlait pour le juge la solution des questions de fond.

Du système que nous venons d'exposer se dégage une conclusion certaine, qui est du plus haut intérêt pour notre théorie. C'est que le plus grand nombre des moyens de défense qui, à l'époque classique, sont opposés sous forme d'exceptions, n'avaient pas encore été admis dans le très ancien droit. Dès maintenant et indépendamment de la question de savoir si l'exception, comme forme de procédure, existait déjà au temps des *legis actiones*, nous pouvons affirmer que les exceptions, s'il y en eut, furent extrêmement rares. Dans un système où le juge était tenu de rechercher dans des éléments formalistes la preuve de l'existence des droits et

[1] On appliquera à la forme extinctive ce que nous avons dit de la forme créatrice. Elle libère le débiteur alors même que le consentement du créancier qui a accordé cette libération, serait entaché de quelque vice tel que le dol ou l'erreur. (Ulp. fr. 19 § 1. de accept. XLVI, 4.) Le consentement donné en forme solennelle est inattaquable, dans le droit primitif.

la détermination de leur étendue, dans un système où le prêteur peut réclamer la somme qu'il n'a pas versée, où le promettant est contraint de remplir un engagement extorqué par le dol ou la violence, où le pacte de remise et la transaction demeurent impuissants à libérer le débiteur, dans un pareil système, la plupart des faits qui seraient de nature à engendrer une exception, se trouvent forcément éliminés ; et le domaine de l'exception est par là même infiniment restreint.

La théorie formaliste, que nous venons d'exposer, soulève une grave objection, qui a été présentée avec beaucoup de force par Savigny[1]. Cette théorie aboutit, en effet, pour toute la durée du droit formaliste, à écarter systématiquement tous les moyens de défense fondés sur l'équité. Le juge, lié par les questions de formes, sera donc impuissant à préserver d'une condamnation inique, le défendeur victime de cette mauvaise foi à laquelle nous voyons opposer plus tard l'*exceptio doli mali*, la plus importante et la plus large de toutes les exceptions. Savigny proteste contre une semblable hypothèse. « Comment admettre que les gens de bien n'aient point su se protéger, — si la mauvaise foi existait alors comme aujourd'hui, — avant qu'un préteur eût inventé les exceptions ? La vérité est, au contraire, que l'*æquitas* a toujours été reconnue et a trouvé protection même sous l'empire des *legis actiones*. » Ces critiques de Savigny sont-elles fondées ?

Il est certain que nos idées modernes ne nous permettent guère de nous rendre compte d'un système ju-

[1] Savigny. Système du droit romain actuel. (traduction Guénoux.) tome V. § 228.

ridique, dans lequel il semble que le droit se soit fait complice des injustices les plus révoltantes. Et cependant peut-on penser sérieusement que le sentiment de l'équité ait été moins vif chez les vieux Romains, à l'époque où les mœurs furent le plus pures, qu'au temps des empereurs, alors que Rome était envahie par la corruption ? Non, cela n'est pas admissible. D'un autre côté, si la notion de l'équité existait déjà à l'époque formaliste, peut-on supposer que le peuple romain se soit volontairement donné un droit qui ne lui paraissait pas équitable ?

Lorsqu'un législateur pose des règles de droit, il les façonne selon les besoins de la société pour laquelle elles sont écrites. Une loi qui satisfait parfaitement les intérêts de la société à laquelle elle est destinée, est une loi éminemment équitable. Plus tard, lorsque les besoins de cette société se sont modifiés, lorsque des intérêts nouveaux se font jour, la loi vieillit, et il est permis de dire qu'elle n'est plus en harmonie avec les besoins nouveaux, qu'elle n'est plus d'accord avec l'équité. C'est ce qui est arrivé à Rome. Sans doute, on comprend qu'à la fin de la république, les principes du vieux droit formaliste aient été démodés et aient paru en opposition avec l'équité. Mais à l'origine, le droit formaliste fut parfaitement équitable, parce qu'il convenait parfaitement à la société romaine primitive.

Le droit formaliste suppose, en effet, un peuple primitif où les rapports de droit sont peu nombreux et peu compliqués. Voilà pourquoi les formes juridiques sont anciennement peu nombreuses et d'ailleurs très simples, mais aussi rigoureuses, inflexibles, ne se prêtant pas aux interprétations de volontés. D'autre part, la né-

cessité de protéger les citoyens contre des manœuvres frauduleuses, contre des violences, ne se fait pas encore sentir, parce que les actes juridiques se passent en plein jour, devant un cortége de témoins, et sont entourés d'une véritable publicité. Le dol et l'erreur ne se conçoivent guère dans une société restreinte, où tout le monde se connaît, où rien ne passe inaperçu ; dans un semblable milieu, les mœurs ont un grand empire et font un devoir à chaque citoyen de respecter les droits d'autrui. Enfin, il serait inexact de croire avec Savigny que le droit formaliste, tel que nous l'avons exposé, ait eu pour dernier résultat d'enlever aux gens de bien tout préservatif contre les manœuvres des individus malhonnêtes. Sans doute l'exception de dol n'existait pas encore : mais il était permis aux citoyens, pourvu d'ailleurs que l'acte juridique le comportât, de subordonner la validité de leurs engagements à cette condition, qu'aucun dol n'est ou ne sera commis. La condition d'absence du dol devient alors un élément d'existence de l'acte formaliste. L'usage de prévoir et de réprimer le dol dut se répandre surtout, lorsque, le contrat de stipulation ayant fait son apparition, les parties purent ajouter à toutes leurs opérations juridiques une *clausula doli* destinée à écarter tout préjudice résultant de manœuvres frauduleuses [1].

En résumé, nous nous croyons en droit de rejeter la doctrine de Savigny, comme contraire à la vraisemblance historique et comme inconciliable avec les prin-

[1] Ainsi à l'époque où la vente se concluait par deux stipulations unilatérales, l'acheteur, outre les stipulations relatives à la *vacua possessio* et au *duplum pretii si res evicta fuerit*, prit l'habitude de stipuler : *dolum malum abesse abfuturumque.*



cipes certains du droit formaliste. A l'époque primitive où il n'y a d'actes juridiques que les actes passés en forme solennelle, le législateur romain ne tient aucun compte des faits qui plus tard donneront naissance aux défenses d'équité, c'est-à-dire aux exceptions les plus nombreuses et les plus importantes. Quand bien même l'exception aurait existé comme moyen de procédure, sous l'empire des actions de la loi, elle n'aurait pu recevoir alors que des applications fort rares ; elle n'aurait pu servir à faire valoir *a parte rei* ni le dol, ni la *metus*, ni le pacte de libération. Ces faits, et tant d'autres de même nature, demeurent en dehors du droit des *legis actiones*, et n'exercent aucune espèce d'influence sur la validité des actes formalistes.

Section Deuxième. — *L'Exception et le Principe de l'unité de la question litigieuse.*

Si maintenant nous faisons un pas de plus, et si nous recherchons quelle a été à Rome l'influence du formalisme sur l'ancienne procédure des *legis actiones*, nous allons retrouver au point de vue de la procédure la confirmation des idées précédemment développées. D'autre part, cette étude des règles de la procédure primitive nous fournira une solution positive pour la question des origines de l'exception.

Cette solution, qu'il faut de suite indiquer, peut se formuler de la manière suivante : A l'époque des *legis actiones*, l'exception, envisagée comme arme de procé-

dure, comme instrument de défense, n'existe pas. La notion même de l'exception, c'est-à-dire d'un moyen de défense qui ne consiste pas dans la négation pure et simple du droit invoqué par le demandeur, cette notion est incompatible avec les principes fondamentaux du vieux procès formaliste.

Remarquons tout de suite que cette solution, dont nous allons bientôt démontrer l'entière exactitude, se présente à nous comme extrêmement naturelle et vraisemblable. En effet, dans un droit primitif comme celui de l'époque formaliste, les institutions juridiques se caractérisent par leur grande simplicité : les conceptions abstraites, les distinctions subtiles échappent au législateur du droit primitif. A cet égard, il est bien vraisemblable d'admettre que l'exception n'est pas un produit du vieux droit romain. La conception d'un moyen de défense, qui n'est pas la négation du droit allégué et qui tend cependant à paralyser, à annihiler ce droit, est une conception subtile qui devait répugner aux vues simples et rigoureuses du droit formaliste. Un procédé, tel que celui de l'exception, ne peut être imaginé que par une législation déjà avancée. Aussi, est-il dès l'abord peu probable que la notion de l'exception ait pu trouver place dans le droit des *legis actiones*[1].

[1] Quand le droit ancien veut consacrer quelque moyen de défense, il ne recourt pas au détour de l'exception, mais il protége le défendeur *ipso jure*. Ainsi la loi des 12 Tables sanctionnait *ipso jure* le pacte destiné à éteindre les actions *furti et injuriarum*, (lois 7 § 14 et 17 § 1. de pactis II, 14) — De même Gaius (IV, 108) nous apprend que le défendeur au profit de qui a été rendu un premier jugement d'absolution, était autrefois protégé *ipso jure*. L'idée de protéger un

Mais, il ne suffit pas d'indiquer que notre solution est vraisemblable, il faut prouver qu'elle est certainement exacte pour toute la durée des *legis actiones*. Cette démonstration a été donnée par Ihering dont les travaux ont jeté une vive lumière sur la théorie de la défense dans la procédure des actions de la loi. Ihering a démontré d'une manière saisissante, que l'ancien droit formaliste n'a connu qu'une seule espèce de moyens de défense, ceux qui consistent dans la négation directe du droit prétendu par le demandeur[1].

Nous avons déjà eu occasion de voir que les Romains s'étaient efforcés anciennement d'empêcher ou au moins de simplifier les procès. Quand le juge est un simple particulier, il importe de lui faciliter sa tâche, et pour cela il faut ne lui soumettre que des questions aisées à résoudre. C'est pour simplifier les procès, que le vieux droit avait commandé au juge de s'attacher uniquement à la forme des actes juridiques, c'est-à-dire à un fait sensible, à un signe extérieur facilement reconnaissable. La même préoccupation se retrouve dans un autre principe de la procédure ancienne, principe qui a été formulé par Ihering dans ces termes: *Une action, une demande*[2]. Il y a là dans le vieux droit romain un enchaînement d'idées vraiment remarquable.

1. D'une part, on a observé que tous les actes formalistes du *jus civile* sont essentiellement unilatéraux:

défendeur au moyen de l'exception ne vient pas à l'esprit du législateur primitif.

[1] Ihering. L'esprit du droit romain. (traduction Meulenaëre) tome IV, pages 53 et suiv.

[2] Ihering. IV, page 20.

ainsi le *nexum*, le contrat *litteris*, le *mutuum*, la stipulation. Les contrats bilatéraux sont nés à une époque beaucoup plus récente, et procèdent du *jus gentium*[1]. A l'origine, les actes juridiques n'engendrent qu'un seul rapport de droit[2].

2. En second lieu, la *legis actio per sacramentum*, qui constitue à l'origine la seule forme de procédure en usage à Rome[3], suppose une question unique adressée au juge. Cela ressort jusqu'à l'évidence des termes dans lesquels le juge est interrogé : *an sacramentum sit justum* ? Le juge ne peut répondre à une telle question, que par une affirmation ou une négation, l'une et l'autre absolues : *tertium non datur*. On comprend dès lors que le pari qui fait le fond du *sacramentum*, ne peut pas porter sur deux questions à la fois : car deux ques-

[1] Ihering. III page 232 et IV page 194. — En qualifiant ici le *mutuum* et la stipulation de contrats *juris civilis*, nous n'entendons pas dire assurément que ces contrats aient été réservés aux seuls citoyens romains. L'on sait en effet que le prêt et le contrat *verbis* employé sous une forme autre que celle de la *sponsio*, sont accessibles aux pérégrins. Mais le *nexum*, le *mutuum*, les contrats *litteris* et *verbis* sont des créations originales du droit romain primitif : ce sont les contrats *juris civilis* par excellence. Au contraire les contrats synallagmatiques n'ont été reçus par le *jus civile* qu'à une époque relativement avancée et rentrent dans le domaine du *commune omnium hominum jus*. Voilà pourquoi Ulpien les oppose, sous le nom de *juris gentium conventiones* aux conventions qu'il appelle *legitimæ* et qui sont sans doute les plus anciens contrats civils. (Ulp. lois 5 et 7 pp. § 1 de pact.)

[2] A l'origine les actes bilatéraux tels que la vente et le louage durent se scinder en deux contrats unilatéraux. De là vient que ces actes bilatéraux sont désignés dans le droit postérieur sous le nom de *emtio venditio*, *locatio conductio*, comme si la vente et le louage se composaient de deux contrats distincts.

[3] Accarias, tome II n° 741.

tions entraînent deux réponses, dont l'une peut être affirmative et l'autre négative ; or, la réponse du juge est indivisible[1]. Il résulte de là, que le demandeur ne peut jamais soumettre à l'examen du juge qu'un seul rapport de droit. Chaque question litigieuse fera l'objet d'une demande et d'un procès différents[2].

3. Enfin, du côté du défendéur, la règle : *Une action, une demande*, signifie que le défendeur ne peut dans aucun cas modifier ni déplacer la question qui a été soumise au juge. Voilà pourquoi la défense ne pourra jamais consister que dans la négation proprement dite du droit prétendu par le demandeur. Ainsi, le défendeur ne serait pas admis à combattre la prétention de son adversaire, en alléguant un droit qui lui est propre. De même, lorsque le demandeur se dit propriétaire, le défendeur ne peut pas répondre en invoquant une obligation. Ce serait changer la question qui fait l'objet du

[1] De même aujourd'hui la loi pénale proscrit devant le jury les questions complexes, c'est-à-dire celles qui pourraient donner lieu à deux réponses distinctes.

[2] Les Romains poussaient si loin cette idée, qu'ils arrivaient à décomposer parfois en trois ou quatre actions une demande en apparence unique. C'est ce qui résulte d'un texte, analysé par Ihering, la loi 14 §§ 2 à 4 de aq. pl. XXXIX, 3. Dans ce texte, Paul suppose qu'un propriétaire ayant modifié sur son fonds le cours naturel des eaux pluviales, a causé par là quelque préjudice au propriétaire du fonds voisin. La réparation de ce préjudice n'exige rien moins que la mise en mouvement de quatre actions successives. 1° Action *aquæ pluviæ arcendæ* pour faire disparaître l'innovation dommageable. 2° Interdit *quod vi aut clam*, en réparation du dommage déjà causé. 3° Action née d'une *cautio damni infecti*, relative au préjudice qui pourrait atteindre le voisin *post sententiam judicis*. 4° Enfin, nécessité d'un *novum judicium* ou d'une nouvelle action *aquæ pluviæ arcendæ* au cas de troubles nouveaux apportés *post litem contestatam* (Ihering tome IV page 25.)

procès. Suppose-t-on par exemple qu'un *non dominus* ait vendu la chose d'autrui, l'ait livrée, puis en soit devenu propriétaire et la revendique contre son acheteur: il n'est pas douteux que ce vendeur ne triomphe dans sa revendication[1]. En vain le défendeur invoquerait sa qualité d'acheteur ; on ne répond pas à la propriété par l'obligation. L'acheteur sera donc condamné, sauf à intenter ensuite l'action née de la vente, action dont il sortira définitivement vainqueur[2]. On voit par là qu'à l'époque des *legis actiones*, il n'avait pas encore été admis qu'une exception pût servir à faire respecter une obligation munie d'action[3]. A cette époque, la règle : *Cui damus actiones,eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit*, n'était pas encore entrée dans le droit romain[4].

Un tel système atteignait forcément le but que s'étaient proposé les Romains. Il réduisait le procès à la plus grande simplicité en écartant rigoureusement toute défense qui n'est pas conçue en forme de négation. Le *reus* se trouvait, il est vrai, singulièrement limité dans ses réponses. Mais aussi on était assuré de

[1] Loi 4. § 32. du dol. mal. et met. exc. XLIV, 4.

[2] Zimmermann. Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift.

[3] Keller. § 36 page 153. « La legis actio ne permettait pas par son organisation, comme le permit plus tard la formule, de saisir le juge de la connaissance des moyens exceptionnels en même temps que de *l'actio* elle-même. En sorte que sous les legis actiones, le défendeur qui voulait alléguer de semblables moyens, devait les produire par une voie distincte de *l'actio*. » (De la procédure civile et des actions chez les Romains. Traduction Capmas).

[4] Loi 156 § 1, de reg. jur. L. 17. — De même notre loi moderne interdit au défendeur au possessoire d'opposer à la demande son droit de propriété.

couper court d'avance à toutes les chicanes des défendeurs pour qui toutes les raisons de ne point payer sont bonnes.

Donc, le défendeur au procès doit répondre directement et immédiatement à la question posée par le demandeur. En d'autres termes, sa réponse doit contenir la négation complète, absolue du droit invoqué par l'adversaire. Au oui du demandeur, il faut opposer un non catégorique; une négation partielle, un mais ne suffirait pas[1]. On remarquera d'ailleurs que la situation du défendeur présentait la plus grande analogie avec celle du demandeur. De même que le demandeur, s'il ne parvient à faire reconnaître, pour la totalité, l'existence de son droit, succombe sous l'effet de la *plus petitio*, de même le défendeur était tenu de prouver que le droit prétendu est absolument inexistant, sinon il encourait la condamnation. Dans la procédure des *legis actiones*, du côté du demandeur aussi bien que du côté du défendeur, il n'y a pas de milieu entre un triomphe total ou un échec total[2].

L'ancienne procédure romaine ne laissait, on le voit, aucune place à la théorie de l'exception. En effet, ce qui caractérise l'exception, envisagée comme instrument de défense, c'est qu'elle ne consiste pas dans une réponse directe à l'affirmation du demandeur ; l'exception renferme une objection à la demande, elle n'en est point la négation. Elle ne met pas à néant la prétention qu'elle combat; mais elle permet au *reus* de prendre un biais, et d'empêcher par une voie indirecte l'admission

[1] Ihering. IV page 53. — Carlowa. Der romische Civilprocess zur Zeit der Legisactionem. § 46 page 346.

[2] Accarias, tome II page 816.

d'une demande qui en elle-même est fondée. Ainsi l'exception tend véritablement à déplacer la question adressée au juge ; elle détourne l'attention du juge du droit du demandeur pour la fixer sur une prétention opposée du défendeur. Cela est si vrai qu'à l'époque formulaire on dira de *l'exceptio* qu'elle est pour le défendeur ce qu'est pour le demandeur *l'intentio* de la formule [1]. Voilà pourquoi l'exception est inconciliable avec les principes fondamentaux de la procédure des actions de la loi. La procédure ancienne ne soumet au juge qu'une question unique: elle écarte donc rigoureusement tous moyens de défense autres que ceux consistant dans la négation proprement dite du droit invoqué en justice.

Ainsi, chose remarquable, nous aboutissons sur le terrain de la procédure à des conclusions identiques à celles que nous avons développées précédemment à propos des contrats formalistes. Quel que soit le point de vue auquel on se place, le droit primitif se montre défavorable à la théorie des exceptions. D'un côté nous constatons la tendance du droit formaliste à ne prendre en considération que la forme matérielle des actes juridiques ; d'autre part, nous nous trouvons en présence du principe : *Une action, une demande*, qui semble bien exclure pour le *reus* la faculté d'invoquer par voie de défense les faits qui combattent la prétention du demandeur sans l'anéantir.

Si nous voulons résumer les résultats auxquels nous conduit l'étude des principes formalistes, nous pouvons donc les formuler de la manière suivante :

[1] Ulp. loi 1, de Exc. XLIV, 1, « Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur : nam reus in exceptione actor est. »

1. A l'époque formaliste, l'immense majorité des faits qui sous la procédure formulaire seraient de nature à engendrer une exception, demeurent en dehors du droit et sont dépourvus de toute efficacité juridique. Les défenses d'équité notamment sont totalement étrangères à la procédure des *legis actiones*.

2. En second lieu, et c'est là une observation beaucoup plus générale : Aucun moyen de défense ne peut être opposé par voie d'exception, à l'époque des actions de la loi. L'exception, en tant que moyen de procédure, est absolument incompatible avec le vieux principe romain de l'unité de la question litigieuse. A supposer donc que, parmi les faits qui plus tard ont donné naissance à des exceptions, il y en ait eu un certain nombre qui aient été pris en considération par le législateur du droit primitif, nous tenons pour certain que le moyen de défense résultant de ces faits dut être opposé par le défendeur à la *legis actio* dans une forme autre que celle de l'exception.

CHAPITRE II

EXCEPTIONS DU DROIT CLASSIQUE FONDÉES SUR DES LOIS OU DES RÈGLES DE PROCÉDURE REMONTANT A L'ÉPOQUE DES LEGIS ACTIONES.

A l'époque des *legis actiones,* le principe de l'unité de la question à résoudre par le juge, s'oppose à ce que le défendeur puisse invoquer sous forme d'exceptions les faits qui paralysent la prétention du demandeur, sans la détruire. Si maintenant nous nous transportons à la période du droit classique, où la théorie des exceptions avait reçu son entier développement, nous constatons que les faits sur lesquels le défendeur est autorisé à fonder une exception, sont de deux sortes. Les uns sont invoqués par le *reus, æquitatis causâ*: ils supposent de la part du demandeur une prétention inique, et les exceptions auxquelles ces faits donnent naissance, sont des défenses d'équité qui rentrent toutes dans l'exception de dol. Voilà une première catégorie de faits d'où se tirent les exceptions. Il y en a une seconde : il existe en effet des exceptions fondées sur des faits et sur des considérations qui n'ont rien à voir avec l'équité. Les

exceptions de cette seconde classe supposent tantôt la violation d'une loi, (*si quid contrà legem vel senatusconsultum factum fuerit*,) tantôt quelque irrégularité de procédure, (*exc. cognitoria ou procuratoria*, *præscr. fori*,) tantôt enfin une atteinte à l'ordre public, (*exc. rei judicatæ*, *jurisjurandi.*)

Déjà, nous avons établi que les faits donnant naissance aux exceptions dites d'équité, ne sont pas pris en considération par le droit formaliste des *legis actiones*. Mais, en est-il de même des faits que nous venons de ranger dans la seconde classe ? faut-il admettre que ces faits dont assurément l'organisation de la *legis actio* ne permettait pas aux défendeurs de se prévaloir sous forme d'exceptions, fussent anciennement privés de toute efficacité juridique ?

Cela ne paraît guère admissible. Précédemment nous avons eu l'occasion de noter qu'à Rome, il n'avait pas toujours été admis qu'une exception pût servir à faire respecter un droit muni d'action ; ainsi, le vendeur *non dominus* devenu propriétaire après coup de la chose vendue, pouvait autrefois la revendiquer contre son acheteur, sans courir le risque de se voir opposer l'*exc. rei venditæ et traditæ*. Mais de ce que le défendeur était hors d'état d'opposer par voie d'exception son droit d'acheteur, il ne s'en suit pas que ce droit restât définitivement sacrifié, et nous avons vu au contraire l'acheteur dépossédé se retourner contre son vendeur et triompher dans l'action *ex empto*. A défaut d'exception, les deux actions, revendication et action *empti*, s'exerçaient sans se rencontrer ; mais l'avantage n'en restait pas moins à l'acheteur. On voit par cet exemple que, parmi les faits qui à l'époque classique fournissent une

exception, il peut y en avoir un certain nombre qui anciennement ont engendré sinon une défense, du moins un moyen de droit assurant suffisamment la protection du défendeur.

De même à l'époque classique, Gaius (IV. 108) nous apprend que le défendeur poursuivi par une action réelle pourra opposer au demandeur les *exc. rei judicatæ et rei in judicium deductæ*, lorsque le droit de ce demandeur aura déjà été épuisé dans une précédente instance. Autrefois, ajoute Gaius, le défendeur à l'action réelle n'avait pas besoin en pareil cas d'invoquer une exception : il était protégé *ipso jure, nam qua de re semel actum erat, de ea postea ipso jure agi non poterat*. Enfin, nous tenons de source certaine que deux lois auxquelles se rattachent sous la procédure formulaire des exceptions bien connues, la loi Plætoria et la loi Cincia, datent de l'époque des *legis actiones*. Nous trouvons en effet dans Plaute[1] une allusion certaine à la loi Plætoria, ce qui ferait remonter pour le moins cette loi aux années 550-560 de Rome. Quant au plébiscite d'où est sortie la loi Cincia, on sait qu'il se place en l'année 550. Les deux lois seraient à peu près contemporaines. Voilà donc des faits, la chose jugée, la donation *supra legitimum modum* adressée à une *persona non excepta*, la *circumscriptio adolescentium*, au sujet desquels aucun doute n'est possible. Ils étaient déjà pris en considération par le droit civil à l'époque des *legis actiones ;* et s'ils ne constituaient pas encore une exception au profit du défendeur, il est néanmoins certain qu'ils durent

[1] Plaute. Pseudolus. I, 3, vers 84.

dès cette époque produire certaines conséquences juridiques.

Quant aux exceptions dites de procédure, elles servent de sanction dans le droit classique à des règles qui existaient déjà pour la plupart au temps des actions de la loi. Il est intéressant de passer en revue, sous la période formulaire, ces exceptions de procédure, et de reconnaître celles qui se rattachent à des règles déjà admises sous les *legis actiones*.

1. *Exceptions litis dividuæ et rei residuæ*. — Ce sont là deux exceptions d'origine récente, introduites par l'édit du préteur, c'est-à-dire datant de l'époque formulaire[1]. L'une d'elles, l'exception *rei residuæ*, est fondée sur ce principe que le demandeur qui a plusieurs actions contre un même défendeur, doit les exercer toutes en même temps et devant le même magistrat : c'était le renversement de l'ancien principe de la spécialité de la demande[2].

2. De même, les exceptions *cognitoria* et *procuratoria* se rattachent à des principes de création récente ; elles supposent admise la théorie de la représentation judiciaire, théorie dont il n'était pas question sous l'ancienne procédure : *cum olim quo tempore erant legis actiones, in usu fuisset alterius nomine agere non licere*[3]. Toutefois Gaius nous avertit que la prohibition de la représentation judiciaire avait reçu deux dérogations. Il est permis d'agir en justice au nom d'autrui :

A. *pro populo*. Il s'agit ici d'actions intentées au nom

[1] Gaius. IV, 122.
Zimmern. Traité des Actions. (traduction Etienne), § 95 page 291.
[2] Ihering. IV, page 31 note 22.
[3] Gaius. IV, 82. — loi 123 pp. de Reg. Juris. L. 17.

et pour le compte de la république, qui recueillait finalement le bénéfice du procès[1]. Le citoyen qui intente une action *pro populo*, poursuivait le défendeur en ces termes : *Aio te populo dare oportere*[2]. Or, il est très probable que déjà sous les *legis actiones*, (bien que l'incapacité pour les infâmes de plaider au nom d'autrui n'eût pas encore été organisée et réglementée par l'édit prétorien,) il est très probable, disons-nous, que les personnes de basse condition, celles qui exercent une profession déshonorante ou celles qui ont été frappées de quelque condamnation infamante[3], avaient été déclarées incapables d'*agere pro populo*[4]. Il devait donc exister déjà à cette époque un moyen pour le défendeur de repousser la demande intentée au nom du peuple par une personne indigne. A défaut de réclamation de la part du défendeur, le magistrat lui-même eût sans doute écarté de sa propre autorité le demandeur indigne[5].

B. *pro libertate*. La faveur due à la liberté exigeait à Rome que toute personne même infâme pût se porter *assertor libertatis*. Néanmoins un texte de Paul[6] nous

[1] Il faut se garder de confondre ces actions *pro populo*, avec les actions populaires proprement dites : ces dernières sont ouvertes à tous, mais celui qui les intente, agit dans son intérêt et s'approprie le gain du procès.

[2] Bruns. Die romischen Popular Klagen. Dans la Rudorff's Zeitschrift fur Rechtsgeschichte-Année 1864, page 369.

[3] Tables d'Héraclée, cap. VIII.

[4] En ce sens : Sell. De exceptionum usu qui legis actionum tempore fuerit, page 6.

[5] Paul. Sentences. liv. I, tit. 2, § 1 : *Omnes infames qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis.* — loi 7, de post. III, 1.

[6] Fr. Vat. § 324. *Ob turpitudinem et famositatem prohibentur quidam cognituram suscipere : adsertionem non, nisi suspecti prætori.*

apprend que cette règle très large avait reçu une limitation : les individus *suspecti prætori* sont incapables de plaider *pro libertate.* Il fallait donc ici encore que le magistrat pût repousser la demande des *adsertores* dont il suspectait, pour une raison ou une autre, la bonne foi.

3. Nous trouvons à l'époque classique une exception fondée sur l'incompétence du magistrat : c'est la *præscriptio fori.* Elle a pour effet de faire écarter par le juge l'action délivrée par un magistrat incompétent. La question d'incompétence pouvait elle déjà se poser à l'époque des *legis actiones ?* On a prétendu qu'il n'y avait sous l'ancienne procédure qu'une compétence unique pour toutes les questions litigieuses, compétence qui, dès lors, ne pouvait jamais être déclinée[1]. C'est là un point de vue inexact. Nous savons, au contraire, que la *jurisdictio*, dès avant la promulgation de la loi Æbutia, appartenait à plusieurs magistrats différents ; chacun d'eux en était investi pour les matières rentrant dans sa compétence. Ainsi, dès l'année 507, nous trouvons à côté du préteur urbain, un préteur pérégrin, chargé d'organiser les *judicia* entre pérégrins, ou entre Romains et pérégrins. De même la création d'édiles curules, chargés de surveiller et de faire exécuter certaines ventes, se place à une époque antérieure au système formulaire : leur existence est déjà mentionnée par Plaute[2]. Des difficultés pouvaient donc déjà s'élever entre les plaideurs, à l'époque des *legis actiones*,

[1] Knappe. Versuch einer Entwickelung des Begriffes der Exceptionen § 2.

[2] Plaute. Menæch. IV, 2, vers 22. Apud ædilem..... dixi causam,

touchant la compétence du magistrat [1]. En quelle forme le défendeur allait-il opposer à la demande l'incompétence du magistrat, et comment la question de compétence était elle tranchée ? On peut supposer encore qu'un *legatus*, poursuivi à Rome, invoquât le *jus revocandi domum :* par quel procédé ce *legatus* arrivait-il à repousser les poursuites dirigées contre lui ?

On sait d'ailleurs que le défendeur, qui avait été touché par l'*in jus vocatio*, ne pouvait pas à l'époque des *legis actiones* refuser d'obéir à l'injonction de son adversaire. En vain, il eût opposé à ce dernier l'incompétence du magistrat, devant lequel il était cité à comparaître. Le demandeur n'en gardait pas moins le droit de le traîner de vive force devant le magistrat dont la *jurisdictio* était déclinée [2]. Comment le défendeur, obligé de comparaître, allait-il se soustraire à la juridiction d'un magistrat incompétent ?

4. On peut citer encore, à l'époque classique, l'exception *præjudicii*, fondée sur ce principe que la solution d'une question *de re majori* ne doit pas être préjugée par une sentence rendue sur une question moins grave [3]. Ce principe de raison et d'équité avait-il déjà été consacré sous l'ancienne procédure ? C'est bien probable. La possibilité pour un demandeur d'agir par exemple en restitution de fruits ou en partage, avant d'avoir fait reconnaître dans une précédente instance son droit de propriétaire ou de communiste, entraînait de sérieux

[1] Sell. op. cit. page 9.

[2] Loi 2 pp. Si quis in jus voc. II, 5. Ex quacumque causa ad prætorem vel alios qui jurisdictioni prœsunt, in jus vocatus venire debet, ut hoc ipsum sciatur an jurisdictio ejus sit.

[3] Gaius. IV, 133.

inconvénients, et notamment pouvait donner naissance à deux sentences contradictoires. Il est donc permis de croire, quoique nous n'ayons aucun témoignage sur ce point, que la théorie des *præjudicia* se trouvait déjà en formation, sous l'empire des actions de la loi [1].

5. Enfin, un texte d'Ulpien, la loi 2, § 3. *Si quis cautionibus* II, 11, nous apprend que la loi des Douze Tables permettait déjà au plaideur, qui n'a pas comparu devant le juge au jour fixé de se disculper en alléguant un empêchement de force majeure [2]. La loi des Douze Tables ne semble s'être occupée que de la comparution devant le juge, comparution qui en principe n'est même pas nécessaire, car l'instance *in judicio* peut suivre son cours contre un défaillant. Cependant on peut conclure du texte d'Ulpien que la règle posée par la loi des Douze Tables s'appliquait également à la comparution *in jure*. Lors donc que le défendeur qui s'était engagé dans la forme du *vadimonium* à se présenter devant le magistrat à jour fixe, en était empêché par un cas de force majeure, il fallait que ce défendeur trouvât, dès l'époque des actions de la loi, le moyen de faire valoir auprès du magistrat son excuse légale [3], et pût obtenir ainsi le renvoi à un autre jour des solennités constitutives de la *legis actio* destinée à ouvrir le procès [4].

[1] En sens contraire : Sell. op. cit. page 7.

[2] Loi 2 § 3 si quis caut. II, 11 (in fine) et ideo etiam lex duodecim tabularum, si judex vel alteruter ex litigantibus *morbo sontico impediatur jubet diem judicii esse diffissum.*

[3] Peut-être cette excuse était-elle apportée au magistrat par la caution ou *vas* qui avait garanti la comparution du défendeur *in jure.*

[4] Sell. op. cit. page 10.

CHAPITRE III

FORME DES DÉFENSES TIRÉES DE LA PROCÉDURE ET SANCTION DES LOIS PLÆTORIA ET CINCIA SOUS LES LEGIS ACTIONES

Au point où nous en sommes, nous pouvons nous faire une idée assez nette des antécédents de la théorie de l'exception sous la procédure des *legis actiones*. D'une manière générale, nous avons constaté qu'à cette époque, le procédé de l'exception, c'est-à-dire la possibilité pour le *reus* d'invoquer, comme moyens de défense, des faits qui combattent la prétention du demandeur sans l'anéantir, se fût trouvé en contradiction manifeste avec les principes d'organisation de la *legis actio*. D'autre part, les faits qui à l'époque formulaire pourront être opposés en forme d'exceptions, étaient pour la plupart demeurés hors du domaine du droit primitif, et n'avaient pas encore été pris en considération par le législateur de la période formaliste. Il semble donc que tout soit dit sur l'ancienne procédure, et cependant une dernière question s'impose à nos recherches.

Nous avons en effet fait remonter à la période des

legis actiones l'origine de certaines lois d'où sont sorties des exceptions. De plus, nous avons reconnu l'existence à la même époque de diverses règles de procédure, règles dont l'inobservation donnera lieu plus tard à l'insertion d'une exception dans la formule. De là, s'élève la question suivante : Quelle était à l'époque des *legis actiones* la sanction de lois telles que la loi Plætoria ou Cincia? dans quelle forme le défendeur pouvait-il s'opposer à la continuation d'une procédure irrégulièrement entamée contre lui? Que la demande contenant une violation des lois Cincia et Plætoria, ou entachée de quelque irrégularité de procédure, n'ait pu être repoussée au moyen de l'exception, cela ressort avec évidence de tout ce que nous avons dit jusqu'ici. Mais à défaut d'exception, comment le droit ancien était-il venu au secours du défendeur?

Pendant longtemps on a cru qu'à l'époque des *legis actiones*, la voie ouverte au défendeur pour faire valoir contre la prétention du demandeur les moyens de défense, qui plus tard ont été proposés sous forme d'exceptions, avait été tantôt une *sponsio præjudicialis*, tantôt la *cognitio prætoris*. Savigny[1] s'est fait le défenseur de cette opinion, et a été suivi sur ce terrain par un grand nombre d'interprètes du droit romain[2]. Dans ce système, on distingue d'une manière générale entre les faits, qui à l'époque formulaire engendrent une excep-

[1] Savigny, Syst. V, § 228, page 195 — et Vermischte Schriften, (sur la loi Plætoria), page 339, au tome II.

[2] Keller, § 36, page 153. — Bethmann-Hollweg. Der Civilprocess des gem. Rechts. I, pages 124 et suiv. — Rudorff. Rechtsgeschichte, II, page 109. — Sell. De exceptionum usu, qui leg. act. tempore fuerit, § 13, page 41.

tion péremptoire, et les faits de nature à faire naître une exception dilatoire, notamment une exception fondée sur les principes de la procédure. Les faits de la première classe, dit Savigny, formaient l'objet d'une *sponsio* forcée, c'est-à-dire d'une *sponsio* commandée par le magistrat, et donnant lieu à un *præjudicium* devant un juge spécialement désigné à cet effet. Au contraire, les questions de procédure, se rattachant à l'exercice de l'action et à l'organisation de l'instance, étaient soumises à la *cognitio Prætoris*, et tranchées par le préteur lui-même. Puis, d'après les résultats, soit du *præjudicium*, soit de sa propre *cognitio*, le préteur refusait la *legis actio*, ou la laissait suivre son cours[1].

Depuis les travaux d'Ihering sur la défense au temps des *legis actiones*, l'idée d'une *sponsio præjudicialis* avec but défensif est très généralement abandonnée. Ihering a fait observer que les textes ne renferment aucune allusion à la possibilité d'une *sponsio* tenant en suspens le procès, et a montré l'invraisemblance de la conjecture proposée par Savigny, à l'égard des *sponsiones*[2].

[1] Les interprètes du droit romain qui croient à l'usage de la *sponsio præjudicialis*, tendent à admettre que les *sponsiones* de ce genre eurent une application très large sous les *legis actiones*. Entre autres applications, la *sponsio* aurait été employée comme moyen général de réprimer le dol. (Savigny. loc. cit.) Le défendeur n'ayant pas encore le secours de l'exception, aurait eu recours à la *sponsio* pour se faire payer par l'auteur du dol des dommages intérêts. Proposée dans des termes aussi larges, cette conjecture est totalement inadmissible : déjà en exposant les principes du formalisme, nous avons eu l'occasion de la repousser.

Dans ce dernier sens. Accarias, tome II, page 1196, note 1.

[2] Ihering, IV, page 119.

Dans le même sens : Lenel. Uber Ursprung und Wirkung der Exceptionen, page 41. — Karlowa. Der römische Civilprocess zur

Nous espérons prouver bientôt que le passage de Plaute (Rudens V, 3, vers 24) sur lequel on s'est le plus appuyé pour admettre la *sponsio*, ne renferme en faveur de ce procédé aucun argument décisif.

La *sponsio* écartée, nous croyons au contraire que la *cognitio prætoris* dut normalement intervenir, toutes les fois que le défendeur cherchait à repousser la demande de son adversaire, comme intentée d'une manière irrégulière et contrairement aux lois de la procédure. Lorsque l'une des conditions requises pour agir en justice faisait défaut du côté d'une partie, l'autre partie devait se prévaloir *in jure* de cette irrégularité et recourir à une enquête du magistrat qui selon toute vraisemblance tranchait la contestation en accordant ou en refusant l'action [1].

Ainsi, le défendeur étant *in jure* présente le droit du demandeur comme consommé par l'exercice d'une précédente *legis actio;* en ce cas le préteur vérifiait tout de suite si la prétention du demandeur n'avait pas déjà été déduite en justice, et d'après le résultat de cet examen, donnait suite ou non à la *legis actio* [2]. Cela paraîtra surtout vraisemblable si l'on se rappelle que dans les premiers temps de la procédure formulaire, les exceptions *rei judicatæ* et *rei in judicium deductæ* se présentaient sous la forme de *præscriptiones pro reo:* le juge était tenu de s'attacher avant tout à la *præscriptio*, et s'il la reconnaissait juste, il n'entrait même pas dans

zeit der Legisactionen. § 46, page 347. — Demelius, Kritische Vierteljahrsschrift, VIII, pages 500 et suiv.

[1] En ce sens : Accarias, tome II, n° 891 in fine. Lenel. op. cit. page 41.

[2] Krüger. Processualische Consumtion, page 11 et suiv.

l'examen de l'*intentio*[1]. De même il y avait lieu à la *cognitio prætoris*, lorsque le défendeur opposait à la demande soit l'incompétence du magistrat[2], soit l'indignité du demandeur *pro populo* ou de l'*assertor libertatis*, soit la nécessité d'un *præjudicium de re majori*. Dans toutes ces hypothèses, le préteur examinait les faits allégués par les parties, et suivant le résultat de cet examen, procédait à une *datio* ou à une *denegatio legis actionis*.

Comment justifier la conjecture que nous venons d'émettre touchant la *cognitio prætoris?* Ce qui rend cette conjecture vraisemblable, c'est d'abord une considération tirée de la mission même du magistrat dans l'instance *in jure*. Appelé à organiser le procès, le magistrat en arrivait tout naturellement à vérifier si les conditions requises pour intenter ce procès se trouvaient réunies : que l'une d'elles fît défaut, la *denegatio actionis* s'imposait. Il serait peu exact de croire que le préteur se bornât à jouer dans la *legis actio* le rôle muet et insignifiant d'un simple spectateur. Le préteur prend au contraire une part active à la *legis actio*, il y parle et agit[3]. Tout nous porte à croire que son intervention dut consister principalement à préparer le *judicium*,

[1] Accarias, tome II, page 1267, note 3. — Karlowa. op. cit. § 46, page 348. — Bethmann-Hollweg. Civilprocess des gem. Rechts, II, page 403.

[2] A l'époque classique un texte nous dit encore : *Prætoris est enim æstimare an sua sit jurisdictio.* (Loi 5, de iud. V, 1).

[3] Accarias, tome II, n° 740. 3°. — De même Ihering fait remarquer que les plaideurs, avant d'accomplir le rituel de la *legis actio*, « discutaient leurs prétentions et exposaient l'état de la cause. » C'est à ces pourparlers auxquels le préteur prend part, que font allusion les mots *sicut dixi*, dans les formules de revendication. (Gaius, IV, 16).

c'est-à-dire à dégager la question litigieuse de toutes les difficultés de détail ou de procédure, qui pouvaient s'y rattacher : de telle sorte que le juge se trouvait finalement en présence d'une question unique, simple à résoudre, la question litigieuse proprement dite.

D'ailleurs, un passage de Valère-Maxime (VII, 7, 5) nous apprend positivement que le préteur pouvait dans certains cas empêcher la *legis actio*. Ce texte rapporte qu'un certain préteur Calpurnius Piso ayant accordé la *bonorum possessio* à un père qui avait été exhérédé par son fils, refusa la *legis actio* aux héritiers institués par ce dernier : *heredesque lege agere passus non est* [1].

Enfin, s'il est vrai qu'au temps de Papinien et d'Ulpien, le tribunal des centumvirs était toujours investi de la compétence exclusive en matière de *querela inofficiosi testamenti* [2], on peut invoquer, à l'appui de notre conjecture relative à l'hypothèse d'une *cognitio prætoris*

[1] Ihering va donc trop loin lorsqu'il dit que « dans l'ancienne procédure, le préteur avait les mains liées, » (III, page 330) et ailleurs, « le préteur n'avait pas la puissance d'empêcher le cours d'une action légalement établie. » (III, page 336). Le passage que nous empruntons à Valère-Maxime, prouve au contraire que le préteur était autorisé, le cas échéant, à entraver la *legis actio*. D'ailleurs Ihering lui-même admet (IV, page 86, note 116 et page 87), que le préteur « peut exercer une influence sur le choix de l'action, » c'est-à-dire peut forcer le demandeur à renoncer à l'action qu'il se proposait d'intenter et l'obliger à en exercer une autre. En ordonnant cette substitution d'une action à une autre, le préteur ne prononce-t-il pas une véritable *denegatio actionis ?* Il semble bien que oui, puisque le demandeur est obligé d'abandonner sa première action. — Dans ce sens : Demelius. Kritische Vierteljahrsschrift, VIII, page 501.

[2] La compétence spéciale des centumvirs dans la *querela inofficiosi testamenti* n'est pas douteuse pour l'époque de Pline le Jeune. (Pline, Ep. V, 1). — Accarias, tome II, n° 736.

dans la *legis actio*, un certain nombre de textes de ces deux jurisconsultes, textes empruntés au titre *de Inoff. Testamentis* au Digeste. On sait en effet que la procédure du *sacramentum* était seule possible dans les *causæ centumvirales*[1]. Or il est fréquemment question, au titre *de Inoff. Test.*[2], de *non admittere ad querelam*, de *removere, excludere a querela*. Ce qui est surtout remarquable, c'est que les textes qui s'expriment ainsi, contiennent des hypothèses dans lesquelles le préteur à l'époque formulaire accorde une exception : or, il n'est pas fait la moindre allusion dans nos textes à la possibilité d'une exception, et les jurisconsultes se contentent de dire qu'il y aura lieu à *non admittere ad querelam*[3].

En définitive, tout nous porte à admettre que la *cognitio prætoris* fut, sous les *legis actiones*, le procédé normal et habituel auquel durent recourir les défendeurs pour repousser une action intentée au mépris des lois de la procédure. Remarquons d'ailleurs que dans la plupart des cas, le refus de la *legis actio* n'avait à l'égard des plaideurs qu'un effet provisoire. Ainsi, en supposant que le magistrat se fût dessaisi pour incompétence, ou eût renvoyé le demandeur à un *præjudicium de re majori*, la demande écartée pouvait être reproduite plus tard, car le droit du demandeur n'avait pas été épuisé par la *litis contestatio*[4]. Enfin, si le défendeur avait négligé d'opposer *in jure* ses fins de non-re-

[1] Gaius, IV, § 31.
[2] Lois 8, § 15, 23, § 1, 25, § 1, de Inoff. Test. V, 2.
[3] Argument emprunté à Lenel. op. cit. page 42, note 2.
[4] Il y a un cas où le refus de la *legis actio* produit un effet définitif: c'est lorsque ce refus est fondé sur la consommation du droit invoqué par une *deductio in judicium*.

cevoir, ou ce qui revient au même, si ces fins de non-recevoir avaient été rejetées par le magistrat, la *legis actio* qui doit toujours être *pura*, suivait son cours, libre désormais de toute entrave. La *litis contestatio* avait lieu, et le procès arrivait enfin au juge, devant qui, nous l'avons déjà dit, aucune défense autre que la négation directe du droit litigieux ne peut être proposée.

Jusqu'ici, nous n'avons fait intervenir la *cognitio prætoris* que relativement aux contestations portant sur un point de procédure. Lorsqu'un défendeur invoque *in jure* soit la *deductio in judicium* antérieure du droit allégué, soit l'incompétence du magistrat, soit toute autre défense du même genre, il est manifeste que ce sont là de purs moyens de procédure. Le magistrat *cognoscens* n'a donc pas à entrer le moins du monde dans l'examen du droit litigieux lui-même ; il se borne à constater que ce droit, valable ou non valable, a été introduit en justice d'une façon irrégulière, et il refuse la *legis actio.* Mais, à côté de ces défenses de pure procédure, le défendeur peut dès l'époque des *legis actiones*, en invoquer d'autres se rattachant à des lois : nous avons déjà nommé les lois Plætoria et Cincia. Ici nous ne sommes plus sur le terrain de la procédure. Le défendeur s'attaque non plus à la forme de la demande en justice, mais à la demande elle-même, qu'il repousse comme injuste, comme contraire aux lois. Le donateur qui s'est engagé *supra modum legitimum*, le mineur de 25 ans qui a été circonvenu, sont-ils eux aussi protégés par une *cognitio prætoris*, et le magistrat va-t-il ici encore *denegare legis actionem*, refuser l'exercice d'une demande intentée en violation des lois ? On l'a soutenu. On a dit que les lois Cincia et Plætoria, tombant toutes

deux à une époque où l'exception n'existe pas encore, s'étaient bornées à prescrire au magistrat de refuser l'action injustement intentée[1]. La sanction de ces lois eût donc consisté simplement dans une *denegatio legis actionis* prononcée par le magistrat à la suite de son enquête personnelle.

Mais, il nous paraît difficile d'admettre que le préteur ait joué ici le rôle qu'on veut lui prêter. Que la *cognitio prætoris* ait sa raison d'être quand le défendeur invoque quelque moyen de procédure, rien n'est plus vrai. Le magistrat, organisateur de la *legis actio* et chargé d'introduire le procès, était plus que tout autre à même de vérifier si ce procès était régulièrement intenté. Ici, au contraire, le préteur n'a compétence à aucun égard pour examiner le moyen de défense tiré des lois Cincia et Plætoria[2]. Rechercher s'il y a eu violation des lois Cincia ou Plætoria, c'est en réalité entrer dans l'examen du fond du droit. Le préteur s'il était admis à connaître des défenses tirées de la violation de nos deux lois, ferait véritablement l'office de juge; il ne se bornerait plus à organiser le procès, il le trancherait définitivement. Il faut donc écarter ici l'hypothèse de la *cognitio prætoris*. Reste alors à nous demander quelle était, à l'époque des *legis actiones*, la sanction de lois telles que les lois Cincia et Plætoria.

[1] En ce sens: Bekker. Actionen. II, page 280. — Krüger. Proc. Consumtion, page 26. — Tel paraît être aussi le sentiment de M. Accarias, (tome II, n° 891, in fine.) Le moyen de défense que fournissaient les lois Cincia et Plætoria « devait être proposé et examiné *in jure*, et ce n'est qu'autant que le magistrat le jugeait non fondé, qu'il laissait procéder à l'accomplissement de la *legis actio*. »

[2] En ce sens: Karlowa. op. cit. § 46, page 348. — Lenel. op. cit. page 47.

A cet égard, nous n'hésitons pas pour notre part, à nous rattacher au système proposé par Ihering, système que nous allons essayer de présenter et de justifier [1]. L'idée essentielle de ce système est la suivante.

Dès l'époque des *legis actiones*, le législateur romain se trouva fréquemment amené soit à frapper de prohibition certaines opérations juridiques, soit à créer au profit de certaines personnes un moyen de protection contre les entreprises des tiers ou contre les dangers de leur propre inexpérience. En pareil cas, le législateur avait un moyen bien simple d'atteindre son but: il lui suffisait de prononcer la nullité des actes juridiques qu'il voulait prohiber, et de rescinder les engagements préjudiciables aux personnes qu'il entendait protéger. Ce procédé si simple ne paraît pas avoir été employé habituellement, et dans bien des cas, nous voyons la loi ancienne recourir à un détour. Au lieu d'annuler, « on maintient l'acte juridique dans sa validité abstraite, mais on punit celui qui tentait de le réaliser [2]. » Ainsi l'acte juridique passé contrairement au vœu de la loi sortira son plein et entier effet. Le créancier au profit de qui l'engagement illicite a été conclu va pouvoir intenter son action, il triomphera même. Seulement on appelle le défendeur frappé de condamnation à intenter à son tour un second procès, une contre-action, fondée sur la violation de la loi, et par laquelle ce défendeur va recouvrer en totalité, le plus souvent même au double et au quadruple, le montant de la première condamnation [3].

[1] Ihering intitule ce système, System der Vertheidigung in Form der Klage (Système de la défense en forme d'action.)
[2] Ihering, IV, page 108.— [3] Lenel. op. cit. page 42.

Voilà un système véritablement bizarre, mais qui, remarquons-le bien, atteignait sûrement son but. Le but de la loi était de détourner le créancier d'agir. Or il est évident que ce créancier, s'il ne se sent pas la conscience nette, renoncera à son action plutôt que de courir le risque d'un deuxième procès et d'une condamnation très lourde. La condamnation dont est menacé ce créancier est en effet une condamnation à un multiple du gain recueilli dans le premier procès, multiple qui paraît avoir été habituellement le quadruple. Et alors la condamnation au quadruple constitue à la fois une peine au cas de violation de la loi et une menace redoutable qui le plus souvent détournera le créancier d'agir.

Ce n'est pas tout. Pour rendre la répression inévitable, les Romains avaient fait de l'action au quadruple une action *populaire*, c'est-à-dire une de ces actions ouvertes *cuilibet ex populo.* A supposer que le créancier qui s'est fait payer ce que la loi interdit de réclamer, ait en face de lui un débiteur timide et n'osant pas poursuivre, ce créancier n'échapperait pas aux poursuites impitoyables des *quadruplatores*[1], toujours à l'affût des infractions aux lois et peu disposés sans doute à abandonner une bonne aubaine.

[1] Le nom de *quadruplatores* vient précisément de ce que la condamnation était au quadruple.

Festus. (Quadruplatores) « *ut eas res persequerentur quarum ex legibus quadrupli erat actio.* »

Pseudo-Asconius, in Cic. divinationem, c. 7. « *Alii dicunt quadruplatores esse eorum reorum accusatores qui convicti quadrupli damnari soleant, ut aleæ aut pecuniæ gravioribus usuris fœneratæ aut ejusmodi aliorum criminum.* »

Le métier de quadruplator était regardé comme déshonorant.

Enfin, la forme dans laquelle l'action en restitution était intentée, fut la *manus injectio* [1]. Anciennement, c'est-à-dire à l'époque des Douze-Tables [2], la *manus injectio* est employé comme procédé d'exécution des jugements. Elle se donne contre le débiteur frappé de condamnation qui n'a pas exécuté la sentence du juge dans un certain délai. Le résultat de la *manus injectio* est alors l'*addictio* du *judicatus* prononcée au profit du créancier par un décret du magistrat. Telle est primivement la fonction exclusive de cette *legis actio*. Plus tard, elle reçut des applications nouvelles : elle fut donnée contre des débiteurs qui n'avaient été frappés d'aucune condamnation. Cette extension, nous dit Gaius, fut l'œuvre de lois spéciales. La pensée dont s'inspiraient ces lois, était évidemment une pensée de rigueur. Le législateur en accordant la *manus injectio* dans des cas où il n'y a pas eu condamnation, avait cherché à assurer plus énergiquement la répression de certaines infractions. Ces infractions faisaient naître au profit de celui qui en est victime, le droit à une réparation du double ou du quadruple : à défaut de cette réparation, la victime obtenait du magistrat un décret d'*addictio*.

Trouve-t-on dans les textes une justification du système que nous venons de proposer? Oui, nous connaissons plus ou moins imparfaitement quelques lois qui avaient suivi dans l'ancien droit romain la marche que nous avons décrite. Ces lois durent être assez nombreuses, s'il faut en croire Gaius : *complures aliæ leges*

[1] Plaute. Persa. I, 2, 18. « *Ubi quadruplator quoipiam manum injexit.* » — Gaius. IV, 22 et 23.

[2] Gaius. IV, 21.

in multis causis talem actionem dederunt (IV, 22). Les quatre exemples que nous donne Gaius et qui sont à peu près les seuls qui nous soient parvenus, sont donc loin de nous fournir une liste complète. Quoi qu'il en soit, Gaius cite :

A. La *lex Furia Testamentaria*[1]. Cette loi prohibe les legs et les *mortis causa capiones* dépassant le chiffre de mille as. Ce qui est interdit par le législateur, ce n'est pas seulement d'*exigere*, c'est-à-dire de réclamer, mais même de *capere*, c'est-à-dire d'accepter les libéralités *supra modum*. Le bénéficiaire du legs excessif devra donc refuser le paiement du legs qui peut lui être offert volontairement par l'héritier : s'il acceptait, il s'exposerait aux rigueurs de la *manus injectio* et se rendrait passible d'une condamnation au quadruple[2].

B. La *lex Marcia de Usuris*. Cette loi dont l'existence nous est attestée par Gaius (IV, 23) avait été rendue *adversus fœneratores si usuras exegissent*. Quelle était l'étendue de la prohibition formulée par la loi Marcia? Il serait assez difficile de le dire, Gaius ne nous apprenant pas si le législateur avait entendu distinguer entre des intérêts légitimes et des intérêts usuraires. Peut-

[1] Gaius. IV, 23.
Ulpien. Fragments. proœmium. § 2.

[2] Les renseignements sur cette loi Furia sont fort incomplets. Avait-elle créé une action populaire, comme le firent d'autres lois établissant des prohibitions du même genre ? C'est douteux. D'autre part, Ulpien nous parle d'une condamnation au quadruple ; mais il ne nous dit pas si la loi Furia avait porté la peine du quadruple *ab initio*, ou si elle s'était bornée à prononcer une peine du double, peine qui elle-même *crescit in duplum adversus manum sibi depellentem* ? (loi 23 § 4. de cond. indebiti XII, 6 : Si qua lex *ab initio* dupli vel quadrupli statuit actionem, etc.).

être la loi Marcia se rattachait-elle tout simplement à la *lex Genucia*[1], qu'elle avait suivie d'assez près et dont elle était venue sanctionner plus rigoureusement les dispositions. Or, il semble bien que la loi Genucia ait interdit d'une manière absolue toute espèce d'intérêts, excessifs ou non[2].

Quoi qu'il en soit, Gaïus nous apprend que le *fænerator* qui avait exigé les intérêts prohibés, encourt la *manus injectio pura*; et d'autre part, nous tenons de source certaine que l'infraction à la loi était punie d'une condamnation au quadruple[3]. D'ailleurs, ce qui est défendu, c'est d'*exigere usuras:* le simple fait d'accepter des intérêts paraît n'avoir pas été puni par la loi Marcia.

C. *La lex Furia de Sponsu*[4]. Elle prescrit au créancier qui a reçu l'engagement de plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores*, de diviser ses poursuites entre tous les *adpromissores* existant au jour de l'échéance, chacun d'eux n'étant tenu que pour sa part virile. Sinon le *sponsor* condamné au-delà de sa part aurait le droit d'exiger la restitution du surplus, et la loi lui donne à cet effet la *manus injectio pro judicato*[5]. Ici encore il est probable que la *manus injectio* se donnait exclusi-

[1] Rendue en l'an 413 de Rome.

[2] Tite-Live. (VII, 42.) *Genucium tribunum plebis tulisse ne fænerare liceret.*

Tacite. Annales. VI, 16.

[3] Cato de re rust. 1. Majores enim nostri hoc sic habuerunt furem dupli condemnari, *fæneratorem quadrupli.* — Pseudo-Asconius in Cic. divinationem. c. 7. — Appien. de bello civili, I. c. 54.

[4] Gaius. IV, 22.

[5] La restitution avait-elle été ordonnée au simple ou au multiple? Nous ne le savons pas.

vement contre le créancier *qui exegisset*, elle ne devait pas atteindre le créancier qui se serait borné à accepter un paiement volontaire[1].

D. Enfin, nous retrouvons dans les sources quelques traces d'une *lex de alea*, qui sans doute, avait prohibé certains jeux de hasard, et prononcé une peine du quadruple contre les gagnants qui ont exigé le paiement de leur gain illicite[2].

Au milieu des incertitudes qui environnent toutes ces lois de l'ancienne Rome, l'idée générale dont s'inspirait le législateur n'est pas douteuse. Dans toutes les hypothèses que nous venons d'examiner, nous retrouvons invariablement le même point de départ, à savoir une prohibition, le même but qui était de détourner le créancier d'agir contre son débiteur, et enfin le même procédé qui consiste dans une contre-action pénale en restitution, accordée au débiteur injustement dépouillé. Mais, ce qu'il y a de plus remarquable dans ces diverses lois, c'est qu'aucune d'elles n'avait songé à créer au profit des débiteurs un moyen de défense. Le droit d'*exigere*, c'est-à-dire de poursuivre en justice et d'obtenir condamnation, restait intact malgré les protestations du défendeur qui cependant avait la loi pour lui. L'exception *si nihil in ea re contra legem factum sit* ne pouvait pas encore être opposée par ce défendeur ; faute

[1] Karlowa. op. cit. § 22 page 193.
M. Accarias (tome II n° 566) croit au contraire que le créancier qui réclame en justice *plus quam virilem partem*, serait repoussé par l'effet de la *plus petitio*.

[2] Pseudo-Asconius in Cic. divinationem. c. 7.
Plaute. Miles gloriosus, II, 2. vers. 9.
Cicéron. Philipp. 2, 23, 56.
Horace. Od. 3, 24, vers. 58.

de défense, ce dernier succombait dans l'instance, sauf à obtenir par une action postérieure et indépendante une réparation très avantageuse. En un mot, le législateur de l'époque ancienne, lorsqu'il s'agit de porter une prohibition, paraît avoir eu une tendance constante à adopter la forme de la *lex minus quam perfecta : quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed pœnam injungit ei qui contra legem fecit.* (Ulp. fragments, proemium, § 2.)

Revenons maintenant aux lois Plætoria et Cincia, à l'occasion desquelles nous avons dû entrer dans la digression qui précède.

I. Sanction de la lex Plætoria. — Quant à la loi Plætoria[1], le peu que nous en savons, nous permet d'affirmer qu'elle offrait plus d'une ressemblance avec les lois dont nous venons de parler. Et d'abord elle était venue, elle aussi, apporter une prohibition : elle interdisait aux tiers qui contractent avec les mineurs de 25 ans, d'abuser frauduleusement de l'inexpérience de ces derniers. Pour protéger efficacement ces incapables, la loi s'était contentée de recourir au procédé généralement employé : elle avait donné au mineur lésé une action en restitution de tout ce dont il avait été appauvri, et de plus elle avait porté une peine contre le tiers *qui contra legem fecit.* C'est en effet ce que nous apprend un passage de Cicéron *(de natura Deorum.* III, 30). Dans ce passage, il est question d'une action réparatrice, qui

[1] Voir sur la sanction de cette loi : Ihering. IV, pages 117 et suivantes. Savigny. Vermischte Schriften. tome II page 320. — Ortolan et Labbé. Explication historique des Instituts de Justinien. tome II page 193.

entraînait après elle l'infamie[1]. Cicéron ne nous dit pas si cette action en restitution emportait une condamnation du double ou du quadruple : mais il est bien permis de le conjecturer d'après les usages que nous avons constatés dans des cas semblables[2]. Enfin, l'action était populaire, *judicium publicum rei privatæ* : on avait donc placé les mineurs sous la protection publique[3], et assuré de la sorte, la sanction de la loi.

Tel est le mot de l'énigme de la loi Plætoria ; et l'on voit de suite que le mécanisme de cette loi se rapprochait à tous égards de celui employé habituellement par les lois prohibitives de l'époque ancienne. Mécanisme excellent, s'il faut en croire Plaute[4], puisqu'il inspirait à tous une crainte salutaire de la loi. Ainsi la loi Plætoria n'organisa pas à l'origine un moyen de défense[5], elle se borna à faire naître au profit du mineur *circumscriptus* une action à la fois réparatrice et pénale. On peut donc dire de cette loi qu'elle présente tous les caractères de la *lex minus quam perfecta*, ne privant pas du droit d'agir le créancier qui a trompé un mineur de 25 ans, mais le détournant d'exercer son action par la menace d'une peine redoutable.

Le système que nous venons d'exposer[6], est loin de

[1] Table d'Héraclée. c. 8.

[2] En ce sens : Ihering. IV. page 118. Ortolan. tome II. page 193.

[3] De même le *tutor suspectus* peut être poursuivi par tout le monde.

[4] Plaute. Pseudolus. I, 3. vers 84. *Metuunt credere omnes.*

[5] En ce sens : Ortolan. tome II page 193 qui ne fait pas remonter l'exception *legis Plætoriæ* au-delà du système formulaire.

[6] Ce système est adopté par Ihering. IV pages 117 et suiv. — Lenel. op. cit. page 42. — Karlowa. op. cit. § 46. — Zimmermann Kritische Bemerkungen zu Eiselès Schrift. page 20. — Demelius. Kritische Vierteljahrsschrift. VIII. page 500.

réunir les suffrages de tous les interprètes. Dans une autre opinion, on part d'un point de vue tout différent pour expliquer le mécanisme et la sanction de la loi Plætoria. On admet que dès l'époque des *legis actiones*, cette loi aurait assuré au mineur lésé un moyen de défense opposable en justice à l'auteur de la *circumscriptio*. A défaut d'exception, ce moyen de défense aurait consisté dans l'emploi d'une *sponsio præjudicialis*. Le mineur poursuivi en exécution de son engagement provoquait, dit-on, son adversaire à une *sponsio præjudicialis* conclue devant le magistrat, et portant uniquement sur la question de savoir si la loi n'a pas été violée. Au cas où le juge aurait reconnu le fait de la *circumscriptio adolescentis*, le préteur prononçait une *denegatio actionis*, et le mineur se trouvait définitivement libéré des suites de son engagement[1].

Nous avons déjà eu l'occasion de nous prononcer contre l'hypothèse de la *sponsio præjudicialis*, employée comme procédé de défense. Mais nous devons ici dire un mot des arguments qui ont été proposés en faveur de la *sponsio*. D'une part, on invoque l'usage très répandu à Rome, d'engager des *sponsiones* sur toute espèce de contestations s'élevant entre particuliers, même lorsque ces contestations sont complètement étrangères au droit[2]. D'autre part, on s'appuie sur divers textes de Plaute, et spécialement sur un passage du *Rudens* (V, 3

[1] Sur la marche de cette procédure *per sponsionem* : Sell. op. cit. pages 42 et 43.

[2] Keller. § 26, page 107. Sell. op. cit. page 31. On pourrait invoquer à l'appui de la *sponsio*, Gaius III, § 123. Il est question dans ce texte d'un *præjudicium* portant sur le point de savoir si la loi n'a pas été violée.

vers 24) *Cedo quicum habeam judicem Ni dolo malo instipulatus sis nive etiamdum haud siem quinque et viginti annos natus*[1].

Mais il ne suffit pas d'avoir établi la vraisemblance plus ou moins grande d'une conjecture, pour être autorisé à en conclure que cette conjecture soit nécessairement exacte. De ce que l'usage des *sponsiones* a été fort répandu chez les Romains, il ne s'ensuit pas que cet usage ait dû trouver son application dans la loi Plætoria. Quant au texte fameux de Plaute autour duquel s'agite toute la controverse, Ihering fait observer avec raison que ce texte d'ailleurs assez obscur entend peut-être faire allusion au *judicium legis Plætoriæ*, dont l'existence nous est affirmée par Cicéron[2]. Les mots *cedo quicum* etc..... placés dans la bouche de Labrax signifient donc simplement: Cesse tes poursuites, sinon j'intente contre toi le *judicium legis Plætoriæ* fondé sur le dol et sur la minorité de 25 ans[3]. Devant une telle menace, le demandeur effrayé par la perspective d'une

[1] Se fondent sur ce texte pour admettre la *sponsio præjudicialis* : Savigny. Vermischte Schriften. tome II page 339. — Keller. § 36. — Rudorff. Rechtsgeschichte. II. page 94. — Bethmann Hollweg. Civilprocess des gem. Rechts. I, page 125. — Eisele. Die materielle Grundlage der Exceptio. page 89.

[2] M. Accarias (tome II, page 1196, note) qui rejette lui aussi, le système de la *sponsio præjudicialis* traduit ainsi le passage du Rudens. « Je consens à plaider si le magistrat lui-même ne reconnaît que ma promesse est le résultat d'un dol et que je suis mineur de 25 ans. » Il appartiendrait donc au magistrat de vérifier s'il y a eu violation de la loi. Mais il est bien difficile, croyons-nous, d'admettre ici la *cognitio prætoris :* nous avons déjà vu que le préteur n'a pas compétence pour trancher la question de validité de l'engagement du mineur.

[3] Ihering IV, page 120.

condamnation rigoureuse et infamante devait reculer et renoncer à l'exercice de son action.

Ainsi le texte de Plaute, le seul sur lequel puissent s'appuyer les partisans de la *sponsio*, n'est pas concluant puisqu'il se prête à plusieurs interprétations. Nous préférons pour notre part nous en tenir à l'explication qui en a été donnée par Ihering. Elle a l'avantage de se concilier pleinement avec le témoignage non équivoque de Cicéron (III, 30, *de natura Deorum*) et avec le texte des tables d'Héraclée[1], qui tous deux supposent un *judicium* et une condamnation *ex lege Plætoria*, mais qui ne font aucune allusion à la possibilité ni d'une exception, ni d'un autre moyen de défense quelconque. De plus, cette explication est parfaitement conforme au système des lois prohibitives anciennes, lois qui paraissent avoir été conçues fréquemment en forme de *leges minus quam perfectæ*.

II. *Sanction de la lex Cincia*. — Le texte de la loi Cincia, de même que celui de la loi Plætoria, ne nous est pas parvenu. Toutefois un fragment d'Ulpien nous donne touchant la sanction de la loi Cincia un renseignement fort intéressant. Ulpien nous apprend que la *lex Cincia* était *imperfecta*[2]. Elle prohibait[3] certaines donations adressées à certaines personnes, mais elle n'en

[1] Tab. d'Héraclée. *Quive lege Pletoria ob eumve rem quod adversus eam legem fecit, fecerit, condemnatus erit...*

[2] Ulpien. Fragments. Proœmium § 1. Le caractère de *lex imperfecta* est reconnu à la loi Cincia par : Ortolan. tome II, n° 567. Karlowa. op. cit. § 46. Eisele, op. cit. page 84 En sens contraire : Accarias. tome I, page 751, note 2.

[3] M. Accarias n'admet pas que la loi Cincia ait porté une véritable prohibition. — En sens contraire : Machelard. Observations sur la loi Cincia. n° 8.

prononçait pas la nullité, et elle ne portait aucune peine contre celui *qui contra legem fecit*[1].

Ainsi en supposant qu'une personne ait promis à une autre *donationis causa* une somme dépassant le *modus legitimus*, l'obligation qui va naître de cette stipulation est, malgré la prohibition de la loi Cincia, parfaitement valable. Et en effet, le législateur qui interdit les donations excessives, ne prononce pas la nullité des stipulations qui servent à réaliser ces donations[2]. Le juge interrogé par le donataire *an dare oportet* répond affirmativement, puisque la promesse de donation est valable, et condamne le donateur à payer la somme promise. En vain ce donateur se retrancherait derrière la loi Cincia : cette loi ne prononce pas de nullité. Le juge, sous les *legis actiones*, n'avait donc pas à examiner quelle est la cause de la promesse du donateur : ce juge était lié par les *verba ex quibus obligatio oritur*[3]. Finalement le donateur succombait. De même, à l'époque des *legis actiones*, le mineur de 25 ans succombait, nous l'avons admis, devant les poursuites du créancier par qui il avait été frauduleusement trompé. La loi Cincia pas plus que la loi Plætoria n'a organisé à l'origine un moyen de défense au profit des personnes qu'elle entendait protéger.

Mais voici où est la différence entre les deux lois. La loi Plætoria, *lex minus quam perfecta*, frappe d'une peine les infractions qu'elle prévoit, tandis que la loi Cincia,

[1] Macrobe. Somn. Scip. 2, 17. *Inter leges illa imperfecta dicitur in qua nulla pæna deviantibus sancitur.*

[2] La loi Cincia suivait en cela les tendances du vieux droit romain qui ne se préoccupe nullement de la cause des actes juridiques.

[3] Eisele, op. cit. page 85.

lex imperfecta, demeure privée de sanction pénale. Le mineur *circumscriptus* pourrait se retourner contre son adversaire et obtenir *ex judicio legis Plætoriæ* une condamnation pénale pleinement réparatrice. Le donateur au contraire n'a pas d'action *pœnæ persecutoria.* (Ulpien. fragm. proœm. § 1) Ainsi, le texte d'Ulpien établit d'une manière positive que la loi Cincia ne crée ni peine, ni nullité. Il résulte de ce texte, d'une part que le juge sera tenu de condamner le donateur à exécuter sa promesse excessive, et d'autre part que ce donateur une fois dépouillé par l'effet de la sentence, ne pourra pas comme dans l'hypothèse de la loi Plætoria, intenter un *judicium legis Cinciæ* emportant une peine du double ou du quadruple. Nous croyons devoir considérer ces deux points comme certains.

Quelques interprètes ont été plus loin encore. Se fondant sur l'imperfection de la *lex Cincia,* ils ont soutenu que le donateur dépossédé par la sentence du juge non seulement n'avait pas droit à une réparation pénale du double ou du quadruple, mais encore était privé de toute espèce de recours contre le donataire, et même de la *condictio* en restitution au simple. Ainsi le donateur n'aurait aucun moyen de droit pour recouvrer les valeurs dont il s'est injustement appauvri.

Est-ce bien là le système de la loi Cincia? En ce cas, les dispositions prises par cette loi n'auraient pas eu la moindre portée pratique. On se représente difficilement quel but le législateur eût espéré atteindre en prohibant les donations excessives, lorsque d'ailleurs il laissait ces donations produire sans restriction aucune tous leurs effets. D'un autre côté, il nous est absolument impossible d'admettre que la loi Cincia ait elle-même créé

au profit du donateur une exception paralysant la demande du donataire. Admettre l'exception ici, ce serait méconnaître la date de la loi Cincia. Cette loi se place en l'année 550, c'est-à-dire sous la procédure des *legis actiones* et à une époque où il n'était pas encore question de l'exception. Les interprètes du droit romain qui regardent la *sponsio præjudicialis* comme étant le procédé employé anciennement pour faire valoir les exceptions péremptoires, se tirent facilement d'embarras. D'après ces interprètes, le donateur aurait trouvé dans la *sponsio* un moyen d'échapper aux poursuites de son adversaire. Mais nous avons écarté précédemment l'hypothèse de la *sponsio præjudicialis*, comme purement arbitraire et n'ayant aucun point d'appui dans les textes.

Il faut donc chercher ailleurs la solution de notre difficulté. Car nous ne pouvons nous résoudre à admettre que les prescriptions de la loi Cincia soient demeurées à l'état de lettre morte jusqu'à l'apparition de l'exception. Or, Ulpien (loc. cit.) voulant caractériser la *lex imperfecta* nous dit bien que cette *lex* ne prononce pas de *pœna*. Il est donc certain que la loi Cincia ne fait pas naître au profit du donateur dépossédé une action tendant à la fois à une réparation et à une peine ; mais n'est-il pas raisonnable d'accorder au moins à ce donateur une *condictio* destinée à assurer la restitution au simple du montant de la donation prohibée ? Cette conjecture trouve un point d'appui suffisamment solide dans un fragment des Pandectes, la loi 6 de cond. ob turp. caus. XII, 5, ainsi conçue :

> *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici.*

Le cas du donateur qui a payé une libéralité interdite par la loi Cincia, était vraisemblablement l'un de ceux visés par les *veteres jurisconsulti*. N'est-il pas exact de considérer le donataire comme détenant *ex injusta causa* les valeurs qu'il s'est fait payer *contra legem?* Ainsi, à l'époque ancienne, les *leges imperfectæ* ne peuvent pas fonder de nullité, mais la violation de ces lois constitue une *injusta causa* et donne naissance à une *condictio*. Le donateur injustement dépouillé pourrait donc intenter sous forme de *condictio* une action en restitution, action au simple, tandis que l'*actio legis Plætoriæ* emportait probablement condamnation au double. La loi Cincia n'en reste pas moins une *lex imperfecta*, puisque dans tous les cas cette loi ne rescinde pas de plein droit la donation *supra modum*, et ne prononce aucune sanction pénale.

Voici donc quel serait selon nos conjectures le mécanisme primitif de la loi Cincia. Cette loi aurait prohibé en principe les libéralités excessives, mais conformément à une pratique législative généralement suivie en matière de prohibition, elle se serait abstenue de prononcer la nullité des donations qu'elle interdisait. Ces donations restant valables, et la loi n'ayant pu accorder aux donateurs le secours de l'exception qui n'existait pas encore, le juge se serait vu dans la nécessité de condamner le donateur à exécuter sa promesse libérale, fût-elle excessive. Le donateur condamné et dépossédé n'aurait pas eu, comme dans le cas de la loi Plætoria, une action *pœnæ persecutoria*, car la loi Cincia *nec pœnam injungit*. Mais, ce donateur aurait trouvé la ressource d'une *condictio* au simple, d'une action en restitution, dans le principe admis par les *veteres* et énoncé

par Sabinus en ces termes : *id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici.* A l'origine, la sanction de la loi Cincia aurait donc consisté uniquement dans une *condictio ex injusta causa*[1].

Tel est le système que nous croyons devoir adopter relativement à la loi Cincia. Nous ne nous dissimulons pas d'ailleurs que ce système reste absolument en dehors des idées qui sont admises par le plus grand nombre des interprètes. Presque tous les auteurs rattachent en effet l'exception *Cinciæ* à la loi dont elle porte le nom, et estiment que cette loi a dès le début protégé au moyen de l'exception le donateur contre les poursuites du donataire. Mais un tel point de vue nous semble inadmissible. Prétendre que c'est la loi Cincia elle-même qui a établi l'*exc. legis Cinciæ*, c'est faire remonter cette exception à la période des *legis actiones ;* c'est donc commettre un anachronisme puisqu'à cette époque l'exception n'existait pas encore et ne pouvait pas exister[2].

Il nous reste à justifier la conjecture que nous venons de proposer touchant la *condictio ex injusta causa* fondée sur la violation de la loi Cincia. Cette conjecture, nous l'avons légitimée par avance, lorsque nous avons exposé avec Ihering le système ancien des défenses en forme d'action en restitution. Mais, nous allons trouver dans des textes de jurisconsultes classiques d'autres arguments favorables à notre opinion.

Sous la procédure formulaire, alors que l'*exc. legis*

[1] En ce sens : Lenel, op. cit. page 42. — Karlowa, op. cit. § 46, pages 348 et suiv. — Zimmermann. Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift, page 21.

[2] Ihering, IV, page 123.

Cinciæ avait pris naissance, il arrive quelquefois que cette exception ne peut être utilement invoquée. Or, les textes en pareil cas permettent précisément au donateur d'intenter une *condictio* pour se faire restituer le montant de la donation. Nous avons sur ce point deux témoignages.

D'abord celui de Celsus : loi 21, § 1. *de donat.* XXXIX, 5. Voulant te faire une donation, je te délègue mon propre débiteur, qui sur mon *jussum* s'engage à te payer le montant de ce qu'il me doit. De toi à moi, il y a une donation que le texte suppose excessive. Mais, entre toi et mon débiteur, il n'y a pas de rapport de donation, il y a un prêt[1]. Mon débiteur ne pourrait donc pas t'opposer l'*exc. donationis*. Mais moi donateur, j'aurai contre mon débiteur, s'il ne s'est pas encore libéré entre tes mains, une action rescisoire *in id quod supra legis modum promisit;* et s'il s'est déjà libéré, j'intenterai contre toi une *condictio in id quod modum legis excedit*[2].

En second lieu, Paul (loi 5, § 5, de dol. mal. et met. exc. XLIV, 4), suppose que le donateur s'est engagé envers le créancier du donataire au lieu et place de ce dernier. Ici encore le donateur ne peut pas opposer au créancier l'*exc. legis Cinciæ*. Mais à défaut d'exception, il intentera contre le débiteur primitif une *condictio* pour se faire restituer le montant de la donation excessive[3].

[1] Le jurisconsulte suppose qu'il y a eu jusqu'à trois remises successives : quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illi eam credideris.

[2] Justinien a dû remanier la fin du texte et restreindre l'action du donateur *in id quod modum legis excedit*, conformément à la théorie nouvelle de l'Insinuation.

[3] Nous attachons d'autant plus d'importance à la loi 5, § 5 de

La *condictio* à laquelle font allusion ces deux textes est non pas une *condictio indebiti*, mais bien une *condictio ob injustam causam*. Pour qu'il y eût lieu à la *condictio indebiti*, il faudrait que le donateur eût commis quelque erreur; ni Celsus, ni Paul ne font allusion à l'erreur du donateur. La *condictio* est donc bien une *condictio ob injustam causam* fondée sur la violation de la loi [1].

Enfin, à un point de vue tout différent, Ulpien (Fr. Vat. § 266) nous apprend que le donateur ayant payé sans opposer l'exception, peut répéter le montant de la donation, au moyen d'une *condictio* qui paraît bien cette fois être la *condictio indebiti*. Ulpien suppose donc que le donateur qui aurait pu se défendre *exceptionis ope*, a payé par erreur; il a livré par erreur ce que l'exception lui eût permis de retenir. *Unde debuit dici eum repetere posse.*

L'idée générale qui paraît se dégager des trois textes que nous venons de citer, est la suivante. A l'époque formulaire, toutes les fois qu'un donateur se trouve dépouillé par une circonstance indépendante de sa volonté, soit qu'il lui ait été impossible d'invoquer l'exception, soit qu'ayant l'exception il ait négligé par erreur de s'en servir, une *condictio* en restitution est accordée à ce donateur: tantôt *condictio ob injustam causam,* tantôt *condictio indebiti*. Dans toutes ces hypothè-

Paul, que ce texte échappe à tout reproche d'interpolation ou de remaniement par les commissaires de Justinien. Au contraire la loi 21 de Celsus est quelque peu suspecte.

[1] En ce sens: Machelard, op. cit. n[os] 65, 67 et suiv. — Karlowa, op. cit. § 46. — M. Accarias, (tome I, page 749, note 1), croit au contraire que nos deux textes font allusion à une *condictio indebiti.*

ses, la *condictio* est fondée sur cette idée que le donateur ne s'est pas dessaisi de son plein gré ou de son plein entendement ; ce donateur, pour une raison ou une autre, n'a pas pu invoquer utilement l'exception, on le restitue contre la perte de l'exception en lui accordant une action en répétition. Il ne faut pas qu'un donataire puisse conserver le bénéfice d'une libéralité, qui va à la fois contre les prescriptions de la loi et contre le gré du donateur.

A l'époque formulaire, lorsque le donateur a pu opposer utilement l'exception et qu'il s'est volontairement abstenu de le faire, on peut dire que ce donateur a manifesté une volonté bien arrêtée d'exécuter jusqu'au bout sa promesse libérale ; il aurait pu se retrancher derrière la loi Cincia, il ne l'a pas fait, on ne lui accordera pas la *condictio*. Tout autre est le cas prévu par les lois 5, § 5, de dol. mal. exc. et 21 de donat. Ici le donateur n'a pas eu la ressource de l'exception. Peut-être eût-il voulu revenir sur sa libéralité, il ne l'a pas pu. A défaut d'exception, on lui confère alors un autre moyen de droit, la *condictio* [1].

Il semble dès lors que la *condictio ex injusta causa* vienne, à l'époque classique, suppléer normalement à l'absence de l'exception. A défaut de moyen de défense, le donateur aura une action en répétition, moins avantageuse sans doute, mais efficace cependant toutes les fois que le donataire n'est pas un insolvable. Action en répétition, exception, ce sont au fond deux armes de même nature : elles assurent chacune à leur manière le triomphe du défendeur.

[1] En ce sens : Gidé. Etude sur la Novation et le transport des créances en droit romain, page 412, note 3 et page 419, note 2.

Remontons maintenant à la procédure des *legis actiones*. Ici le secours de l'exception fait totalement défaut. N'est-il pas très raisonnable d'admettre qu'en l'absence d'exception, le donateur fut régulièrement investi de la *condictio ex injusta causa ?* C'était là évidemment le seul moyen de donner quelque efficacité à la prohibition de la loi Cincia. Nous n'hésitons guère à penser que ce moyen fut employé en réalité.

Finalement, et bien que nous nous fassions assurément scrupule d'ajouter une conjecture nouvelle à toutes celles que l'on a déjà proposées touchant la *lex muneralis*, nous avons quelque tentation de croire que le système primitivement établi par la loi Cincia fut tout différent de celui que nous présentent les textes des jurisconsultes de l'époque classique. Nous ne voulons rien affirmer ici d'absolu. Nous nous demandons seulement s'il ne conviendrait pas de se placer à un point de vue autre que celui où l'on s'est tenu jusqu'ici, pour expliquer les dispositions de la loi Cincia. Ne pourrait-on pas soutenir en effet que cette loi porta dans le principe une prohibition absolue ? Dans un but d'ordre public, pour assurer la conservation des biens dans la famille romaine, elle vint interdire d'une manière absolue les libéralités excessives. Semblable en cela à la *lex Furia Testamentaria*[1], elle défendait au donataire non-seulement d'*exigere*, mais encore de *capere*[2], d'accepter ces libéralités ; et, dans tous les cas, que le donateur se fût dessaisi volontairement ou sur la sentence du juge, de son plein gré ou par surprise, elle donnait naissance à

[1] Gaius, IV, § 23. — Ulpien. Fragments. proemium, § 2.
[2] *Donare capere ne liceto.* Rudorff. Rechtsgeschichte, I, § 22.

une *condictio ex injusta causa* en restitution. Ainsi à l'origine, le but de la loi Cincia n'était pas seulement de prémunir les donateurs contre des entraînements irréfléchis. Cette loi faisait plus, elle prohibait selon l'expression formelle d'Ulpien et elle assurait dans tous les cas aux donateurs le moyen de recouvrer les valeurs dont ils s'étaient dessaisis.

Plus tard, c'est-à-dire à une époque où sans doute les exceptions existaient déjà, la jurisprudence et le préteur transformèrent le système primitif de la *lex muneralis*. D'une loi prohibitive, on fit une simple loi de protection ; on substitua un régime moins rigoureux à celui qu'avait établi le tribun Cincius. Et alors apparut la théorie nouvelle[1], que nous ont laissée les textes du droit classique. Les libéralités excessives n'étaient plus prohibées : on laissait au donateur, aussi longtemps que la donation demeure imparfaite, le choix entre une confirmation pure et simple ou une révocation, un refus de payer. La confirmation résultait aux yeux des jurisconsultes de cette circonstance que le donateur s'était dessaisi de la chose donnée sans se réserver aucun moyen de droit pour la reprendre. Ce dessaisissement complet faisait présumer de la part du donateur une volonté réfléchie, arrêtée, d'exécuter jusqu'au bout la libéralité *supra modum ;* cette libéralité devenait alors irrévocable. Enfin, la présomption résultant du dessaisissement complet du donateur pouvait fléchir dans quelques cas exceptionnels tels que ceux indiqués par la loi 21, § 1 de Celsus, la loi 5, § 5 de Paul et le § 266

[1] C'est à ce moment qu'apparut aussi l'exception legis Cinciæ.

des Fr. Vat.; cas, dans lesquels on avait accordé au donateur la *condictio* en restitution.

Ainsi, dans le droit classique, la loi Cincia avait perdu son caractère primitif de loi prohibitive. Ce qui le prouve d'une manière péremptoire, c'est que le donateur, s'il persistait dans ses intentions libérales et s'il se dessaisissait d'une façon définitive, pouvait assurer l'irrévocabilité de sa donation : or, « on ne triomphe pas d'une prohibition légale par la persistance qu'on apporte à la violer [1]. » La loi Cincia, à l'époque classique, n'avait donc plus qu'un objet : protéger les donateurs contre les entraînements de leur générosité. Et cependant, Ulpien nous affirme qu'à l'origine cette loi avait porté une véritable prohibition. Ne faut il pas admettre dès lors que la loi Cincia avait été, au bout d'un certain temps, détournée de son but primitif et transformée par la jurisprudence romaine ? Encore une fois, ce n'est là qu'une hypothèse, mais une hypothèse qui offre quelque vraisemblance, surtout si l'on songe que la *lex Furia* qui présente avec notre loi des analogies si frappantes, avait elle aussi prohibé et déclaré restituables au quadruple les legs supérieurs à mille as. D'ailleurs, on remarquera que la jurisprudence a travaillé d'une manière continuelle à élargir, à adoucir par des tempéraments nombreux la théorie primitive de la *lex muneralis*. C'est ainsi notamment que cette jurisprudence a fini par faire triompher et consacrer dans des rescrits impériaux la règle : *Morte Cincia removetur* [2].

---

[1] Accarias, tome I, page 751, note 2.
[2] Fr. Vat. §§ 259, 266, 312.

Reportons-nous au § 108 de Gaius, que nous avons cité au début de notre étude sur les exceptions sous la procédure des *legis actiones*. On voit à présent avec quels ménagements il faut entendre ce texte, sujet de tant de malentendus et de tant de controverses. Pour nous, nous savons désormais comment interpréter le témoignage de Gaius : *Nec omnino ità ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum.*

I. Sous l'empire des *legis actiones,* l'exception, source de paralysie des droits et des actions, instrument de procédure offrant aux défendeurs la possibilité d'opposer à la prétention des demandeurs des faits qui n'entraînent pas la négation de cette prétention, en un mot l'exception, envisagée comme arme de défense, n'existait pas et ne pouvait pas exister. Elle était formellement exclue et proscrite par le principe de l'unité de la question litigieuse, principe sur lequel a reposé pendant des siècles le vieux procès romain. La procédure des *legis actiones* ne met donc à la disposition des défendeurs qu'une seule espèce de défenses, ce sont celles qui, modelées sur la demande, en contiennent la dénégation directe et absolue. Sous les *legis actiones*, il n'y a qu'une manière pour les défendeurs de répondre à la poursuite judiciaire dont ils sont l'objet : il faut répondre par une négation pure et simple du droit prétendu. L'exception n'est pas une réponse au sens propre du mot.

II. D'ailleurs, le besoin de l'exception ne se faisait guère sentir dans le droit formaliste des actions de la loi. Le législateur, à cette époque primitive, n'accordait aucune considération aux faits qui, depuis, ont engendré sous la période formulaire le plus grand nombre des exceptions. L'équité demeurait encore étrangère au *jus*

civile, et les défenses d'équité n'avaient pas encore fait leur apparition.

III. Il est vrai qu'on rencontre dans le droit classique un certain nombre d'exceptions fondées sur des faits ou des prétentions dont il était permis de se prévaloir antérieurement au système formulaire. Mais, au temps des *legis actiones*, ces faits ou ces prétentions ne pouvaient jamais être opposés par les défendeurs, au moyen d'une exception proprement dite. Les défenses de pure procédure devaient être produites *in jure*, elles étaient immédiatement examinées par le magistrat lui-même et aboutissaient à une *denegatio legis actionis*. Quant aux moyens fondés sur un droit distinct du défendeur ou sur la violation par le demandeur d'une loi prohibitive, ils peuvent bien être invoqués par le défendeur dans une instance séparée et par une action indépendante, mais en aucun cas ils n'engendrent une défense.

APPENDICE

L'EXCEPTION DANS LA LEGIS ACTIO PER JUDICIS POSTULATIONEM

Contrairement à l'opinion de Savigny, nous avons cru devoir admettre, comme une conséquence nécessaire du formalisme romain primitif, cette théorie rigoureuse aux termes de laquelle le juge, sous l'empire des *legis actiones*, ne tenait aucun compte des défenses d'équité qui à l'époque classique ont donné naissance à une exception de dol. Mais ne convient-il pas d'apporter à notre système une restriction notable en ce qui concerne la *legis actio per judicis postulationem ?* D'après la doctrine communément admise, l'institution d'une *legis actio per judicis postulationem* aurait été destinée précisément à élargir l'*officium* du juge si étroitement limité dans la procédure du *sacramentum*, et à faire pénétrer les vues d'équité dans un nombre déterminé d'affaires, nommées *arbitria*, qui comportent nécessairement de la part du *judex* un certain

pouvoir d'appréciation personnelle[1]. La question s'élève alors de savoir en quoi consistent ces pouvoirs équitables du juge, et dans quelle mesure la *judicis postulatio* échappe aux exigences de la procédure formaliste : question rendue singulièrement délicate par la perte du texte dans lequel Gaius s'occupe de notre *legis actio*.

La partie essentielle du problème consisterait avant tout à déterminer les cas dans lesquels la *judicis postulatio* trouve son application. A cet égard les interprètes du droit romain sont aujourd'hui d'accord pour poser la question en ces termes : A l'époque des *legis actiones*, les contrats de bonne foi existaient-ils déjà comme tels, et l'action à laquelle ces contrats donnaient naissance, était-elle intentée par la voie de la *judicis postulatio ?* En réalité, il y a là deux questions qui ne se confondent pas à vrai dire, mais qu'il est bien difficile de détacher l'une de l'autre.

A. Les contrats consensuels[2] ont-ils fait leur apparition avant la promulgation de la loi Aebutia ?

[1] Ortolan, tome III, nos 1870 et suiv. — Accarias, tome II, n° 743.

[2] On ne s'étonnera pas, qu'ayant à rechercher si les contrats de bonne foi existaient déjà au temps des *legis actiones*, nous nous occupions uniquement ici des contrats consensuels. On sait, en effet, que l'apparition des contrats consensuels a précédé de longtemps celle des contrats qui se forment *re*. Au moins en ce qui concerne les contrats de commodat et de dépôt, on a conjecturé qu'à l'époque de Cicéron ni le commodat, ni le dépôt n'engendraient d'actions *juris civilis*. (Cic. de Off. III, 15, 17. de Nat. Deorum, III, 30. Top. 17.) Ce n'étaient là que de simples pactes sans valeur au point de vue du droit civil. Selon toute vraisemblance, ce fut le *jus honorarium* qui le premier sanctionna ces pactes. Au début du système formulaire, le préteur pour remédier aux inconvénients de l'ancienne aliénation fiduciaire, accorda au commodant et au déposant une action qui était conçue *in factum*. (Gaius, IV, 47.) Plus tard, le droit civil reprit l'innovation prétorienne et fit siens les contrats de com-

B. A supposer que les contrats consensuels aient été munis d'actions à l'époque des *legis actiones*, ces actions ont-elles reçu dès le début le caractère de bonne foi qui leur appartient en propre sous la procédure formulaire?

Envisagé sous cet aspect, le problème dépasse visiblement les limites de notre étude. Aussi nous contenterons-nous de rappeler les éléments de la controverse à laquelle nous venons de faire allusion, puis nous indiquerons en quelques mots la solution que la science moderne incline le plus généralement à adopter.

Deux opinions absolues sont ici en présence. D'après la première, le système des *bonæ fidei negotia* remonterait à l'époque des actions de la loi, et la *legis actio per judicis postulationem* aurait été spécialement imaginée pour donner satisfaction à l'idée de bonne foi qui domine les relations juridiques issues de ces *negotia*[1]. Cette première doctrine cherche un point d'appui dans des témoignages fameux de Cicéron[2], dans des

modat et de dépôt : il attacha à ces contrats une action *in jus* qui reçut le caractère de bonne foi. (Desjardins. Les deux formules des actions depositi et commodati. Dans la Revue Historique de Droit Français. Année 1867, tome 13, page 122.)

[1] Keller, op. cit. § 7 et § 17. — Zimmern, op. cit. § 42.

[2] Cicéron, de Officiis, III, 10, 44. « Itaque præclarum a majoribus accepimus morem rogandi judicis, si ea rogaremus quæ salvâ fide facere possit. » — De Off. III, 15, 61. « Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plætoria, et sine lege judiciis in quibus additur : ex fide bonâ. » — De Off. III, 15, 61. « Reliquorum autem judiciorum hæc verba maxime excellunt :..... inter bonos bene agier. Quid ergo?..... quum dicitur : inter bonos bene agier, potest ulla pars inesse fraudis? » — De Off. III, 17, 70. « Nam quanti verba illa : Uti

fragments de comédies de Plaute [1], ainsi que dans des formulaires de contrats rédigés par Caton [2]; enfin, elle se fonde sur un texte du Digeste, la loi 38, § 1. de act. emti [3], où le jurisconsulte Celsus rapporte une solution donnée par Sextus Aelius [4], solution qui serait basée sur le caractère de bonne foi du contrat de vente [5]. — La seconde opinion, qui place vers la fin de la République, l'époque à laquelle les contrats formés *solo consensu* furent pourvus d'actions, trouve aujourd'hui des défenseurs de plus en plus nombreux [6]. Selon cette seconde doctrine, l'institution des *bonæ fidei judicia* se-

ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem. Quam illa aurea : Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. — Q. quidem Scævola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur : ex fide bonâ. » — Cic. pro Roscio, c. 4, § 10 et 11. — De nat. deor. III, 30, 74, etc...

[1] On trouvera l'énumération de ces fragments dans : Sell. De exceptionum usu qui legis actionum tempore fuerit, page 18, note 4. — Bekker. De emptione venditione quæ in Plauti fabulis fuisse videtur, pages 9 à 33. — Demelius. Plautinische Studien, dans la Rudorffs Zeitschrift fur Rechtsgeschichte, II, page 181.

[2] Cato. De re rusticâ, cap. 144-150, dans Bruns. Fontes juris romani antiqui, editio tertia, page 283. — Sur ces textes : Karlowa. Der romische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen, pages 133 et suiv.

Cf. Varron. De re rusticâ. lib. II, c. 2, n° 5, et Girard. Les Stipulations de garantie, dans la Nouv. Revue historique 1883, tome 7, page 542.

[3] Loi 38, § 1, de act. emti. XIX, 1. « Si per emptorem steterit quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, Sextus Aelius, Drusus dixerunt : quorum et mihi justissima videtur sententia. »

[4] Sextus Aelius Pætus Catus, tour à tour édile, consul et censeur, dans les années 554 à 560.

[5] Sur ce texte, Karlowa. op. cit. page 132.

[6] Elle a été énergiquement défendue par Bekker, de emptione venditione quæ in Plauti fabulis fuisse dicitur. — Actionen. I, pages 148, 156, 311 et suiv.

rait seulement contemporaine de Cicéron. Les témoignages de Cicéron, dont le premier système tire argument pour l'époque des *legis actiones*, se référeraient en réalité au procès formulaire. Les fragments des comédies de Plaute, dont le sens est d'ailleurs assez obscur, n'auraient comme documents juridiques aucune portée sérieuse ; en tout cas, l'existence d'actions naissant *ex nudo consensu* n'y serait rien moins que démontrée. Enfin les modèles de contrats présentés par Caton tendraient précisément à prouver qu'au sixième siècle de Rome la vente et le louage revêtaient toujours les formes de stipulations réciproques[1].

Nous n'hésitons guère pour notre part à admettre, avec l'opinion la plus accréditée, l'origine relativement récente des contrats consensuels[2]. Le principe de l'unilatéralité, qui est resté pendant des siècles à Rome la base fondamentale du droit des obligations[3], la prépondérance absolue de la forme dans les rapports juridiques gouvernés par le vieux droit civil, enfin l'habitude même des Romains consistant à adapter les formes de la stipulation aux contrats synallagmatiques de vente et de louage, habitude qui conserve encore sa force au temps des jurisconsultes classiques[4], tout nous fait un devoir d'admettre que le système des contrats formés *ex nudo*

[1] Bekker. Uber die leges locationis bei Cato, de re rustica, dans la Rudorffs Zeitschrift f. Rechtsg. III, pages 416, et suiv.

[2] En ce sens : Ihering. IV, page 195. — Bekker. Actionen. I, pages 148, 162, 156, 311. — Girard. Les Stipulations de garantie, dans la Nouv. Revue historique, 1883, tome 7, page 539 et note 1, page 540 notes 1 et 2. — Voigt. Das jus naturale, æquum et bonum, und jus gentium der Römer. tome III, pages 843 et suiv.

[3] Ihering. III, page 232. IV, page 194.

[4] Bekker. Actionen. I, page 156.

consensu n'a reçu sa consécration juridique qu'à une époque fort avancée de l'histoire romaine. Les conventions synallagmatiques et non formalistes, qui dans le droit classique donnent naissance à des actions *bonæ fidei*, n'étaient pas anciennement des *negotia juris*. Dans le principe, ces conventions sans formes étaient dépourvues d'efficacité juridique. Sans doute il devait arriver fréquemment que de pareilles conventions fussent conclues dans le commerce journalier des citoyens, mais alors elles restaient absolument en dehors du droit; elles demeuraient placées dans le domaine de l'*æquitas*, des *mores*. Leur exécution dépendait uniquement de l'honnêteté et de la bonne foi des contractants. Enfin, elles étaient mises sous la protection de l'opinion publique et aussi de la *Fides*, divinité que l'antique Rome entourait du plus grand respect:

« Nam præclare Ennius:

O Fides alma apta pinnis et jusjurandum Jovis.

Qui jus igitur jurandum violat, is Fidem violat, quam in Capitolio vicinam Jovis optimi maximi majores esse voluerunt[1] ».

Les mœurs et la coutume fixaient les règles destinées à gouverner ces engagements de bonne foi; leur accomplissement était garanti par la loyauté des citoyens et par la fidélité à la foi promise. Mais comme il s'agissait de conventions étrangères au droit, le droit n'accordait aucune action aux contractants, et il fallait que de semblables engagements s'exécutassent sans que l'on eût recours au juge[2].

[1] Cic. de Officiis III, ch. 29, 104.
[2] Keller (op. cit. § 7) et Savigny (Syst. V. app. XIII, page 502) es-

Tel fut primitivement le sort des contrats non formalistes[1]. Plus tard, l'extension prise par les relations juridiques et peut-être aussi la décadence des mœurs amenèrent la nécessité de donner à ces contrats une sanction plus énergique que celle résultant de la contrainte morale. Le contrôle de l'opinion publique ne suffisait plus à maintenir les débiteurs dans l'accomplissement de promesses exclusivement fondées sur la confiance réciproque des parties. A une époque où d'ailleurs le formalisme juridique commençait à perdre de son empire, on admit peu à peu et en quelque sorte par faveur, que la simple convention suffirait dans certains cas à lier les citoyens. C'est alors que furent reconnus un à un les contrats consensuels, vente, louage, etc..... Il serait bien difficile de préciser la date à laquelle ces contrats prirent naissance[2]. Bien que nous leur ayons attribué une origine récente, nous ne serions pas éloignés de croire qu'ils ont existé dès les dernières années de la procédure des actions de la loi : il est possible que la vente et le louage consensuels aient été déjà connus au temps de Plaute, de Caton, de Sextus Aelius.

Au surplus, la question de savoir si les contrats consensuels étaient sanctionnés, dès l'époque des *legis ac-*

timent au contraire que les contestations relatives à ces engagements de bonne foi purent de tout temps être portées devant un juge. — Voir aussi Ortolan, tome III, page 495, note 2.

[1] En ce sens : Ihering. IV, p. 194. — III pages 174 et 214. — Birkmeyer. Die Exceptionen im bonæ fidei judicium. § 22, pages 185 et suiv. — Voigt. Das jus naturale etc.., tome III, page 221.

[2] Voigt. op. cit. tome III, page 843, place l'apparition des contrats consensuels de vente et de louage dans les années 520 à 550 de Rome.

tiones, par des actions comprises dans le domaine de la *judicis postulatio*, cette question, croyons-nous, a perdu la plus grande partie de son importance, depuis qu'il a été démontré combien à Rome l'idée de bonne foi fut lente à se développer et à pénétrer dans les *negotia bonæ fidei*. Il est à peu près certain que le système équitable des contrats de bonne foi ne remonte pas au delà du temps de Cicéron[1]. « Lorsque le simple consentement acquit la vertu de lier l'acheteur et le vendeur, il commença par ne produire que des obligations de droit strict dans l'appréciation desquelles l'idée de bonne foi ne pénétra que tardivement et peu à peu[2] ». A cette époque de transition, l'expression *bona fides*[3] n'avait qu'une portée fort restreinte, et l'*officium judicis*, même dans les instances prétendues de bonne foi, demeurait toujours étroitement limité. En devenant des *negotia juris*, les contrats consensuels, jadis placés dans le domaine de l'*æquitas*, étaient devenus des contrats de droit strict. A supposer que ces contrats aient été reconnus par le *jus civile* sous la procédure des *legis actiones*, ils n'ont été affranchis que peu à peu des conséquences rigoureuses du formalisme primitif, et ils n'ont reçu qu'à une époque beaucoup plus récente les caractères d'équité et de bonne foi qui les distinguent dans le droit classique. Sous l'empire des actions de la loi, l'exception de dol et les défenses d'équité ne peuvent

[1] En ce sens : Ihering. IV, page 195. — Bekker, Actionen. I, page 148 et note 44, page 162. — Lenel. op. cit. page 80. — En sens contraire, Savigny, Syst. V. App. XIV, page 613.

[2] Girard. loc. cit. page 540.

[3] Le moi *bona fides* se rencontre déjà dans Plaute. Pseudolus IV, 6, vers 33. — Most. III, 1, vers 140. — Aul. IV, 10, vers 42.

pas encore être utilement opposées à l'action issue d'un contrat formé *solo consensu.*

En dehors des actions se rattachant à des contrats consensuels, on cite encore comme soumises à la procédure *per judicis postulationem* un certain nombre d'affaires au sujet desquelles nous possédons le témoignage positif des textes. Ainsi il est question dans les fragments des Douze Tables du règlement par des arbitres de difficultés ou *jurgia*, s'élevant à l'occasion d'un bornage[1], d'un partage d'hérédité[2], d'un préjudice présent ou éventuel causé par les eaux pluviales[3], d'une attribution des *vindiciæ* consentie à tort au profit de celui qui n'était pas propriétaire[4], etc... Il est probable que toutes ces contestations rentrent dans le domaine de la *judicis postulatio*[5]. Reste à se demander quels sont dans les cas de ce genre les pouvoirs du juge. A coup sûr, on peut affirmer qu'à la différence des *judicia*, qui sont étroitement réglementés par le *jus civile* et où la solution du procès est pour ainsi dire déterminée et imposée par avance, les *arbitria* supposent de la part du juge, un large pouvoir d'appréciation[6]. Il s'agit moins ici de trancher une question de droit que de régler convenablement et d'une manière équitable la situation de chaque partie. Voilà pourquoi les textes en notre matière nous parlent non pas d'un *judex,* mais

[1] Ciceron. de legibus, I, 21, 55.

[2] Lois 1, pp. — 43. — 52 § 2. Fam. erc. X. 2.

[3] Loi 21, de statulib. XL. 7. Loi 23 § 2, aq. pluv. arc. XXXIX, 3.

[4] Leges XII Tab. (éd. Giraud. page 25) e tab. XII n° 4. « Si vindiciam falsam tulit... prætor arbitros tres dato. »

[5] Ortolan. tome III, n° 1872. — Zimmern. op. cit. page 116.

[6] Festus. v° Arbitri. « Arbiter dicitur judex qui totius rei habeat arbitrium et facultatem. »

d'un *arbiter*, non pas d'une *lis*, mais d'une *jurgium*[1], et la décision de l'arbitre n'est pas tant une sentence de droit qu'une réponse de bonne foi et d'équité. Quant à déterminer en termes précis la mesure des pouvoirs équitables de l'arbitre, dans les cas où la *judicis postulatio* fut substituée au *sacramentum*, cela serait bien difficile en raison du silence des textes. Il est assez probable que le défendeur pouvait ici se prévaloir devant le juge du dol de son adversaire, dol qui partout ailleurs n'était pas pris en considération. Sans doute aussi, l'arbitre fut-il autorisé à compenser les obligations réciproques de chacun des plaideurs. Nous ne pouvons malheureusement émettre à cet égard que des conjectures, sans avoir la ressource de textes sur lesquels il nous soit permis de nous appuyer.

Il nous reste enfin un mot à dire au sujet des actions honoraires, introduites par l'édit du magistrat. On sait que plusieurs de ces actions remontent à l'époque des *legis actiones ;* ainsi l'on est d'accord pour admettre que les actions édilitiennes relatives à la garantie des vices cachés en matière de vente, étaient déjà en vigueur au temps de Plaute[2]. Il est bien certain que la procédure des *legis actiones*, procédure exclusivement réservée aux actions du *jus civile*, ne dut pas s'appliquer à ces ac-

[1] Nonius Marcellus. v° Jurgium. (page 501 éd. Quicherat.) » Jurgium et lis hanc habent distantiam : jurgium levior res est : siquidem inter benevolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur ; inter inimicos dissensio lis appellatur. »

[2] Plaute. Capt. IV, 2. vers 44. — Menæchm. IV, 2. vers 25. — Most. III, 2. vers 112.

Peut-être l'action Publicienne est-elle aussi contemporaine des actions de la loi : il est en effet question d'un préteur appelé Publicius en l'an 516 et en 519. — Sell, op. cit. page 29.

tions honoraires; et l'on a pu conjecturer avec une certaine vraisemblance que nos actions *redhibitoria* et *quanti minoris* furent dès leur apparition exercées par la voie de formules *in factum*, innovation qui allait contribuer à l'avènement prochain du système formulaire[1]. Or, l'édit des édiles subordonnait la délivrance des actions en garantie à certaines conditions d'où sont sorties à l'époque classique des défenses conçues en forme d'exception. Ainsi Pomponius nous apprend que le vendeur peut repousser par une exception l'action en garantie de l'acheteur, lorsque ce dernier a eu connaissance au moment du contrat des vices de la chose vendue[2]. La question est de savoir en quelles formes semblables moyens de défense opposables aux actions édilitiennes durent être produits à l'époque des *legis actiones*. Formaient-ils l'objet d'une mention spéciale dans la formule ou instruction adressée par le magistrat au juge, auquel cas ils auraient été examinés *in judicio*? Ou bien n'étaient-ils pas plutôt opposés au cours de l'instance *in jure*, de telle sorte que le magistrat en prît immédiatement connaissance et refusât, s'ils étaient fondés, la délivrance de l'action honoraire[3]? Nous inclinerions à admettre cette seconde hypothèse, qui n'a d'ailleurs, comme la plupart des solutions admises pour l'époque des *legis actiones*, que la valeur d'une simple conjecture.

[1] Accarias, tome II, n° 748.

[2] Loi 48 § 4. de æd. ed. XXI. 1. « In ædiliciis actionibus exceptionem opponi æquum est, si emptor scierit de fuga, aut vinculis, aut ceteris rebus similibus, ut venditor absolvatur. »

[3] En ce sens : Sell. op. cit. § 7, page 29.

DEUXIÈME PARTIE

PROCÉDURE FORMULAIRE

CHAPITRE PREMIER

NAISSANCE DE L'EXCEPTION

Les réformes de procédure ne sont pas de celles qui s'opèrent du jour au lendemain ; en général, elles s'accomplissent lentement et par degrés insensibles. Or, la théorie des exceptions s'est formée et s'est développée sur le terrain de la procédure. L'exception est née véritablement du mécanisme de la formule[1] ; son histoire se rattache intimement à celle du système formulaire. Sans doute, lorsque la théorie des exceptions eut achevé son évolution, il se trouva qu'elle avait remué jusque dans ses fondements et transformé sur presque tous les

[1] Ortolan. tome III, n° 2248.
Boitard. Colmet-Daage et Glasson. Leçons de procédure civile. t. I, page 368. n° 341. (14e édit.)

points le vieux droit national des Romains ; mais, au début, l'exception était apparue sous la forme d'une simple innovation dans la rédaction de la formule et dans la marche de la procédure. Plus tard, le préteur, auteur de cette innovation, s'en servit pour réaliser, non plus sur le terrain de la procédure, mais dans le fond du droit civil, les réformes les plus considérables.

Rappelons en deux mots les conclusions auxquelles nous nous sommes arrêtés, sous la procédure des *Legis Actiones*. A cette époque, nous avons vu que la notion première de l'exception était totalement inconnue : elle était alors inconciliable avec le principe de l'unité de question, dans le vieux procès formaliste. Au surplus, le très grand nombre des faits qui, dans le système formulaire, engendreront une exception, n'avaient pas encore attiré la considération du droit ancien, uniquement préoccupé de la forme matérielle des actes juridiques. Cependant, le défendeur à la *legis actio* pouvait déjà se prévaloir à l'encontre du demandeur, soit d'une irrégularité de procédure, soit de la violation d'une loi prohibitive. Mais, dans aucun cas, il n'était admis à opposer de tels moyens de défense, par voie d'exception. Les irrégularités dans la procédure faisaient l'objet d'un examen spécial du magistrat, et entraînaient une *denegatio legis actionis*. La violation des lois Cincia et Plætoria n'empêchait jamais le triomphe du demandeur ; elle faisait naître seulement au profit du défendeur le droit à une réparation, droit qu'il fallait produire sous la forme d'une contre-action en restitution, dans un second procès indépendant du premier.

Le premier changement apporté à cet état de choses dut être, en apparence au moins, de médiocre

importance. Ce changement s'imposa sans doute au magistrat, à cause de l'encombrement des affaires litigieuses, devenues de plus en plus nombreuses. Pour alléger sa tâche, le préteur renonça à examiner lui-même les contestations qui jusque-là avaient fait l'objet de sa *cognitio*, et renvoya ces contestations au juge, sous la forme d'une *præscriptio pro reo*[1]. Qu'était-ce que cette *præscriptio?* Gaius (IV, 133) va nous l'apprendre. Elle consistait dans un ordre donné au juge, en tête de la formule, de ne pas entrer dans l'examen du fond de la demande, (*ea res agatur si non*) avant d'avoir statué sur la réclamation soulevée par le défendeur. Ainsi, le juge se trouvait appelé à examiner lui-même les moyens de défense qui autrefois eussent donné lieu à une *cognitio prætoris*, c'est-à-dire ceux qui se tirent d'une prétendue irrégularité dans l'exercice de la demande. Par exemple, le défendeur allègue *in jure* la *res in judicium deducta*, on un *præjudicium*, ou l'incompétence du magistrat : une contestation s'engage à ce sujet entre les parties ; le juge, saisi par la *præscriptio* de cette contestation, allait s'occuper avant tout de la trancher. S'il jugeait la *præscriptio* fondée, il devait se dessaisir, et le demandeur se trouvait écarté, comme il l'eût été autrefois par la *denegatio legis actionis*. Si au contraire la *præscriptio* n'était pas reconnue fondée, le juge passait à l'examen de la question principale, et le procès suivait son cours. Ainsi, l'innovation du préteur se bornait à bien peu de chose : la *præscriptio* avait à peine modifié la marche du procès ; elle avait introduit un changement dans la personne du *cognoscens*,

[1] **Keller, § 43, page 193. — Lenel. loc cit. page 44.**

mais elle ne modifiait en rien les résultats de l'ancienne *cognitio*.

La création des *præscriptiones pro reo* n'était que le prélude des réformes qu'allait entreprendre le préteur. Dans l'histoire du droit romain, l'apparition du système formulaire est comme le point de départ d'une ère nouvelle. L'abrogation des *legis actiones* va entraîner après elle la ruine du formalisme, devenu sans aucun doute plus odieux encore que la procédure dont il était l'âme. (Gaius, IV, 30). Les besoins nouveaux de la société romaine appellent sur tous les points des règles et des institutions juridiques nouvelles. Des idées nouvelles aussi se font jour : le *jus gentium* plus large, plus humain commence à être opposé au vieux droit national étroit et rigoureux. Enfin, l'équité autrefois étrangère au *jus civile*, va provoquer un mouvement de réformes, qui, commencé aux derniers siècles de la république, se poursuit jusqu'à la fin de l'époque classique.

Le préteur se trouvait tout naturellement appelé à prendre l'initiative et la direction de ce mouvement. Autrefois, sous la procédure des *legis actiones*, les pouvoirs du préteur étaient demeurés excessivement restreints. A cette époque, le *jus edicendi*, s'il existait déjà, fut un droit sans vigueur et sans efficacité. Les actions en ce temps-là, nous dit en effet Gaius, (IV, 11,) dérivaient exclusivement des lois ; l'Edit du préteur n'exerçait alors aucune influence sur le droit. Lié par les termes mêmes des lois, *ipsarum legum verbis*, le magistrat n'avait pas la liberté de mouvement qu'il trouva plus tard dans le système formulaire. Il ne pouvait pas tantôt créer une action en dehors des cas prévus par la loi, tantôt paralyser l'action qui a son principe dans

l'*ipsum jus*. L'empire des lois était absolu : *et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur*[1].

L'émancipation du préteur date de la loi Aebutia. Le préteur se trouva tout d'un coup affranchi des entraves de l'ancienne procédure. Investi du droit de rédiger les formules d'actions, ayant autorité pour délivrer ou refuser à son gré ces formules, libre d'ailleurs d'en subordonner la concession à certaines conditions par lui déterminées, le préteur dominait désormais tout le système de la procédure nouvelle. Son influence sur le fond du droit devint du même coup prépondérante. C'est au préteur qu'on allait s'adresser dorénavant pour obtenir des réformes que les Romains réclamaient unanimement au nom de l'équité. C'est de l'initiative du préteur, c'est de son autorité toute puissante dans le procès formulaire, qu'on attendait la réalisation de progrès devenus indispensables, la transformation du vieux droit quiritaire, et l'introduction de principes juridiques nouveaux. Un passage de Cicéron[2] (Cic. in Lucullo, c. 30,) montre bien que les citoyens recouraient au préteur lorsqu'ils voulaient obtenir quelque innovation dans le droit privé. Ce texte suppose même que le magistrat n'aurait pas eu le droit de refuser sans motifs sérieux les réformes que l'on réclamait de lui. Dans le cas d'un refus injuste, le peuple eût pu recourir aux tribuns et leur demander à la fois un blâme pour le magistrat et la concession des réformes que ce dernier avait refusées[3].

[1] Ihering. tome III, page 330. — Giraud. L'Edit prétorien, page 24.
[2] Cic. in Lucullo. c. 30. *Tribunum aliquem adeant : a me istam exceptionem nunquam impetrabunt.*
[3] Knappe. Versuch einer Entwickelung des Begriffes der Exceptionen, § 5.

Maintenant, pourquoi le peuple ne prenait-il pas lui-même l'initiative de ces réformes? pourquoi ne s'assemblait-il pas dans ses comices, pour y refondre les lois et pour les mettre en rapport avec les besoins nouveaux de la société romaine? C'est qu'on regardait alors l'équité comme située en quelque sorte hors du domaine du droit : on séparait l'équité du droit, on opposait les règles arbitraires et sans cesse variables de l'équité aux principes immuables et inviolables du droit[1]; et comme un législateur ne pose que des règles de droit, on n'admettait pas que les réformes d'équité pussent être réalisées par des lois.

C'était donc au préteur que s'imposait, dans une mesure toujours croissante, la tâche de modifier et de perfectionner le *jus civile* dans l'intérêt général. Comment le préteur allait-il s'y prendre pour accomplir sa mission? On sait que le préteur ne peut ni créer des droits[2], ni les déplacer d'une personne à une autre, ni les éteindre dans les mains de leurs titulaires. L'Edit ne s'exprime donc pas en disant : Dans tel cas, une obligation naîtra ou s'éteindra, dans tel cas un droit réel échappera à celui qui en était investi et se trouvera transporté sur la tête d'une autre personne[3]. A la différence des lois, des sénatus-consultes et des constitutions impériales, le préteur en effet ne peut ni recon-

[1] Donatus. in Terent. Adelph. I. 1. *Jus est quod omnia recta et inflexibilia exigit. Æquitas est quæ de jure multum remittit.*

[2] Voir notamment : Gaius. III, 32. Ulpien. Fr. XXVIII, § 12.

[3] La rédaction de l'Edit s'explique d'ailleurs par une raison pratique, qui est la suivante. Lorsqu'on s'adresse au magistrat, le droit passe à l'état d'action. Ce que les demandeurs réclament du magistrat, c'est bien moins la reconnaissance d'un droit que la délivrance d'une formule.

naître des droits nouveaux, ni modifier les droits organisés par la *jus civile*[1]. Mais, le préteur, à raison de son rôle dans la procédure formulaire, peut, dans certains cas, créer des actions, ou les étendre en dehors de leur destination habituelle; dans certains cas au contraire, refuser ces actions, ou en paralyser l'énergie par l'insertion d'une exception. Attachons-nous spécialement aux exceptions.

Nous avous vu que la première innovation du préteur, après la disparition des *legis actiones*, avait consisté dans l'introduction de *præscriptiones pro reo*, destinées à soumettre au juge certaines objections du défendeur, sur lesquelles le préteur avait autrefois statué lui-même, *cognita causa*. Cette *præscriptio pro reo* présentait déjà certaines ressemblances avec l'exception, telle que nous la rencontrons dans le droit classique. D'une part, en effet, elle était insérée dans la formule sous la forme d'une condition négative; d'autre part, on remarquera qu'elle tendait, de même que l'exception, à protéger le défendeur, au moins pour un certain temps, contre une action sanctionnant un droit valable *ipso jure*. Enfin, la *præscriptio pro-reo* avait été introduite dans la formule pour soumettre à l'examen du juge des faits que ce dernier n'eût pu prendre en considération *ex officio judicis*. A tous ces égards, il est vrai de dire que les *præscriptiones* ressemblent à des exceptions. Mais, entre la *præscriptio* et l'exception, il y avait une différence fondamentale. C'est que l'exception est examinée en même temps que l'*intentio*, à laquelle elle se trouve directement opposée; tandis que la *præs-*

[1] Giraud. L'Edit prétorien, page 24.

criptio, tendant à empêcher le procès, dut être examinée par le *judex*, *in limine litis*, avant l'*intentio*. L'exception met une condition à la condamnation ; (Gaius IV, 119), la *præscriptio pro reo* apportait une condition à l'exercice même de l'action.

Ainsi, l'innovation du préteur relative à la *præscriptio pro reo* n'avait qu'une portée restreinte. On remarquera notamment que cette innovation ne portait nullement atteinte à l'ancien principe de l'unité de question dans le procès formaliste, principe qui, d'après Ihering[1], subsistait toujours dans les premiers temps du système formulaire. La notion de l'exception se trouvait donc à peine en germe dans la *præscriptio*, cette dernière, n'étant à vrai dire qu'une fin de non recevoir, une sorte de condition mise à l'exercice de l'action et à la poursuite de l'instance *in judicio*.

Plus tard, à une époque qu'il est difficile de bien préciser, mais qui semble remonter au milieu du VII[e] siècle de Rome[2], le préteur, ayant entrepris son travail de réaction contre la rigueur du droit civil, se trouva amené dans un grand nombre de cas, à créer au profit des défendeurs des moyens de défense, qui jusque-là n'avaient pas été admis par l'*ipsum jus*. La difficulté était de savoir dans quelle forme ces moyens de défense pourraient être invoqués, et telle dut être aussi la question que se posa tout de suite le préteur. Lorsque le magistrat veut fournir à un demandeur le moyen de faire valoir en justice des prétentions qui n'ont pas leur principe dans le droit civil, il emploie un procédé bien

[1] Ihering. tome IV, page 53. — Zimmermann. op. cit. page 20. note 7.

[2] Cicéron. de legibus. II, 23. — Giraud. L'Edit prétorien, page 6.

simple : ou bien, il crée une action nouvelle *in factum*, ou bien, empruntant une action au droit civil, il l'étend au delà de son application primitive. Mais, dans notre hypothèse, il ne s'agissait pas d'un moyen d'attaque, c'était une arme de défense qu'il fallait créer ; il s'agissait, le droit du demandeur étant fondé *ipso jure*, de préserver le défendeur d'une condamnation contraire à l'équité.

Le préteur allait-il revenir aux procédés jadis employés sous les *legis actiones*, à la *cognitio prætoris*, ou au système d'un contre-procès en réparation ? Non, ces procédés de défense étaient vieillis, et avaient perdu toute raison d'être, depuis la disparition des *legis actiones* et du formalisme. D'ailleurs le système de la *cognitio* prétorienne et celui d'une contre-instance présentaient tous deux un sérieux inconvénient. Le plus souvent en effet, il est impossible de statuer sur l'exception sans examiner en même temps l'*intentio* à laquelle elle se trouve opposée. Il fallait donc trouver un moyen de soumettre au même juge et dans la même instance la prétention du demandeur et l'exception du défendeur. Voilà pourquoi le magistrat dut renoncer au système de la *cognitio* prétorienne, et aussi à la possibilité d'un second procès, destiné à indemniser le défendeur[1]. Quant à la *præscriptio pro reo* elle dut être écartée pour une raison analogue ; car, elle obligeait le juge à se prononcer sur le moyen de défense du *reus*, avant d'entrer dans l'examen de l'*intentio* du demandeur. Finalement, le préteur s'arrêta à un procédé qui rappelait à quelques égards la *præscriptio pro reo*, mais qui en

[1] Lenel. op. cit. page 45.

différait beaucoup par son mécanisme et par ses résultats. Ce procédé était l'exception.

En quoi consistait l'exception? dans quelle forme était-elle opposée par le *reus*? quel était son mécanisme, et quels sont ses effets? Ce sont là autant de points sur lesquels il serait superflu d'insister. Mais, il n'est pas sans intérêt de remarquer combien était hardie l'innovation du préteur. L'exception n'avait aucun précédent dans l'histoire de la procédure romaine, ni sous les *legis actiones*, ni dans le système formulaire. Non seulement le préteur ordonnait au juge de prendre en considération des faits tels que le dol, la violence, auxquels le droit civil n'avait jusque-là attaché aucune influence, dans les relations juridiques des citoyens; mais encore, la forme même dans laquelle ces faits étaient opposés par le défendeur, était entièrement nouvelle, et dut déconcerter tout d'abord le juge chargé de trancher le procès. L'exception différait sensiblement de la *præscriptio* elle-même. Cette dernière entraîne devant le juge un débat préliminaire, préjudiciel, que le *judex* prend soin de clore avant d'aborder le fond du procès. L'exception, au contraire, obligeait le juge à examiner en même temps, et parallèlement, l'*intentio* du demandeur et le moyen de défense du *reus*. Il fallait mettre ces deux prétentions en balance, et suivant les cas, faire succomber pour le tout ou pour partie seulement, l'un ou l'autre des deux plaideurs. Pour la première fois, depuis des siècles, le juge romain se trouvait donc appelé à trancher dans une instance unique deux questions litigieuses. La création de l'exception, comme moyen de défense, entraînait la ruine définitive du vieux principe : Un procès, une demande.

Maintenant, puisque le moyen de défense invoqué par le *reus exceptionis ope* devait être examiné parallélement à l'*intentio* du demandeur, pourquoi le préteur n'adopta-t-il pas pour l'*exceptio* la rédaction suivante qui, au premier abord, se recommandait par une plus grande simplicité : pourquoi n'étendit-il pas tout simplement l'*intentio* de la formule, en y faisant entrer l'exception du défendeur, de telle sorte que la double question soumise au juge se fût présentée dans ces termes : « Si paret N^m N^m A° A° centum dare oportere, *neque paret* inter A^m A^m et N^m N^m convenisse ne ea pecunia peteretur. » Cette rédaction ne semblait-elle pas préférable à celle que choisit le préteur? Il est bien possible que le magistrat ait évité de l'adopter, précisément pour ne pas rompre trop ouvertement avec l'ancien principe de la question unique[1]. Il fallait observer des ménagements envers un principe que l'on feignait de respecter tout en le tournant. Grâce à la rédaction qu'il choisit, le préteur ne faisait entrer dans l'*intentio* qu'une seule question, mais en réalité, il en soumettait deux à l'examen du juge.

Tel était le procédé nouveau auquel les défendeurs allaient désormais pouvoir recourir, pour faire valoir en justice des moyens de défense non prévus par le droit civil. Maintenant, quels étaient les faits auxquels l'édit du préteur attachait la vertu d'engendrer une exception? L'énumération en serait longue : elle est d'ailleurs bien connue. Les défenses imaginées par l'édit étaient des plus variées. Tantôt le préteur venait au secours d'un promettant dont le consentement était

[1] Lenel. op. cit. page 46.

entaché de quelque vice tel que l'erreur, le dol ou la violence; tantôt il assurait le respect dû à un arrangement intervenu sans formes, à un pacte de remise, à une transaction, à un pacte de serment. Ailleurs, il s'agissait de soustraire un débiteur à un engagement sans cause[1]. Ou bien, l'édit permettait aux défendeurs d'opposer par voie d'exception des moyens de droit qui jadis eussent dû être produits par la voie distincte d'une action en restitution : et ici, le préteur ruinait pour toujours le système des défenses en forme d'action, système qui avait occupé une si large place sous le régime des *legis actiones*. Un principe nouveau se faisait jour, principe que les jurisconsultes énonceront en ces termes : *Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit*. De cette règle nouvelle, allaient naître *jure prætorio* des exceptions telles que l'exception *rei venditæ et traditæ*, *legis Cinciæ et Plæriæ*, toutes fondées sur cette idée qu'il faut soustraire les défendeurs à une condamnation, contre laquelle ils pourraient se faire restituer. Enfin, lorsque la pratique se fut habituée à la notion et au mécanisme de l'exception, le préteur se servit encore d'exceptions pour assurer l'observation des règles de la procédure ; c'est ainsi qu'on rencontre à l'époque classique des exc. *procuratoria*, *cognitoria*, *litis dividuæ*, *rei residuæ*. Les *præscriptiones* elles-mêmes finirent par disparaître et

[1] La notion de la cause dans les actes juridiques romains est d'origine récente. Dans le droit romain primitif, la validité des actes formalistes s'apprécie, abstraction faite de leur cause naturelle. Les contrats formalistes notamment, étant essentiellement unilatéraux, sont dans un état d'absolue indépendance vis-à-vis de leur cause; ils se suffisent à eux-mêmes.

par se transformer, comme nous le verrons plus tard, en simples exceptions. Ainsi, le préteur, sous l'influence des considérations les plus diverses, faisait servir l'exception à des applications de toute espèce.

Quant à déterminer d'une manière précise dans quel ordre apparurent les diverses exceptions que nous venons de citer, cela serait bien difficile. L'édit du préteur n'est pas parvenu jusqu'à nous, et les sources ne nous ont transmis aucune espèce de renseignements relativement à la date de naissance du plus grand nombre des exceptions[1].

Dans tous les cas, il est assez vraisemblable d'admettre que les exceptions les plus anciennes sont celles qui présentent un caractère très large et très général: l'exception de dol, par exemple. En effet, ces exceptions offraient l'avantage de comporter immédiatement une foule d'applications. Ainsi en créant l'exception de dol, le préteur était assuré de remédier d'un seul coup à la plupart des injustices du droit civil. Il n'était pas de défendeur qui ne pût désormais se préserver d'une condamnation inique; car, l'exception de dol, à raison de sa généralité, entraînait l'échec de toute demande qui, à un titre quelconque, peut blesser l'équité. Il importait donc d'adopter les exceptions larges avant les exceptions spéciales; la création de ces dernières qui

[1] Toutefois, une fr. d'Ulpien (4. § 33 *de dol. mal. et met. exc.*) nous apprend d'une façon approximative la date de création de *l'exc. doli mali*, la plus importante de toutes. D'après Ulpien, cette exception aurait été proposée par un certain préteur Cassius, sans doute vers le milieu du septième siècle de Rome. Accarias. tome II, page 1045 note 2.

n'ont qu'une sphère d'application fort restreinte, devait paraître beaucoup moins urgente.

D'autre part, le magistrat, en proposant des exceptions très générales, comme l'*exc. doli mali*, évitait en quelque sorte de se compromettre. Sans doute, il s'engageait dans son édit à combattre le dol, mais cette promesse très large était aussi très vague. Quels étaient exactement les cas dans lesquels l'exception de dol produirait son effet ? dans quelle mesure allait-elle porter atteinte aux principes rigoureux de l'*ipsum jus* ? voilà ce que le préteur évitait de préciser. Il préférait laisser au juge, guidé par la jurisprudence, le soin de déterminer lui-même ce qu'il fallait entendre sous ces mots vagues : *Si nihil in ea re dolo malo factum sit neque fiat.* (Gaius. IV, 119) Ainsi au début, le préteur se bornait à composer une formule très générale d'exception, puis s'en remettait à la jurisprudence et aux juges du soin de compléter son innovation.

Lorsque plus tard, le magistrat eut vu réussir ces premiers essais, il s'enhardit. Au lieu d'exceptions larges et mal définies, il proposa dans son édit des formules d'exceptions spéciales, ne laissant aucune place à l'interprétation du juge. Dès lors, le préteur ne se borna plus à recommander au juge, dans les termes très généraux que nous rapporte Gaius (IV, 119) touchant l'*exc. doli mali*, de tenir compte du dol commis par le demandeur ; le préteur précisa lui-même les faits sur lesquels devait porter l'examen du juge, il limita le rôle de ce dernier à la simple vérification de ces faits, en lui retirant tout pouvoir d'appréciation personnelle. Alors naquirent des exceptions telles que *l'exc. pacti conventi*, *quod metus causa*, *non numeratæ pecuniæ*, exceptions

qui, comparées à *l'exc. doli mali*, apparaissent comme des exceptions spéciales. De là vient que le jurisconsulte Ulpien, dans un texte fameux [1], oppose l'exception de dol à toutes les autres exceptions qu'il qualifie *in factum* : qualification qui, si l'on veut, n'était pas rigoureusement exacte, mais qui rendait assez heureusement compte de l'opposition existant entre l'exception générale de dol et les autres exceptions plus spéciales [2].

Après avoir indiqué la marche générale suivie par le préteur pour la création des exceptions, il serait intéressant de nous demander quelles furent les formules d'actions où l'exception apparut pour la première fois. Mais ici encore, l'on en est réduit aux conjectures, faute de renseignements précis. A l'époque classique, l'exception se rencontre dans toute espèce d'actions [3]. En fut-il de même à l'origine ? Cela est peu probable. Remarquons d'abord qu'à l'époque où le préteur rédigea les premières formules d'exceptions, la procédure *per sacramentum* subsistait encore et restait obligatoire en matière réelle. En effet, le système formulaire ne paraît s'être appliqué aux actions réelles que dans les derniers temps de la république ; peut-être même la *formula petitoria* est-elle contemporaine seulement de Cicéron, qui nous la signale dans la *rei vindicatio* [4]. Or le magistrat ne pouvait accomplir ses réformes que sur le terrain de la procédure formulaire, nous en avons déjà fait l'observation. Il faut donc admettre qu'à son ori-

[1] Fr. 2. § 5 *de dol. mal. et met. exc.* XLIV, 4.

[2] Accarias. tome II, page 1202, note 1. — Ortolan. tome III, n° 2261. — Keller. § 35, page 147.

[3] Accarias. tome II, n° 892.

[4] Cic. 2a act. in Verrem. II, 12.

gine, l'exception ne put trouver place que dans les formules d'actions personnelles, les actions réelles restant soumises à la procédure des *legis actiones* et aux principes rigoureux du formalisme ancien. A l'appui de cette conjecture, on a fait observer que Gaius (IV, 116) place en première ligne les exceptions opposées à l'action personnelle ; puis, le § 117 semble présenter l'exception, comme ayant été étendue plus récemment aux actions réelles. (arg. des mots : *in his quoque actionibus.*) Justinien aux Institutes suit la même marche dans ses développements. (Inst. IV. tit. 13, § 4) [1].

Reste à déterminer parmi les formules d'actions personnelles quelles furent celles qui les premières reçurent l'exception. A cet égard, nous trouvons dans Gaius encore (IV, 116) un renseignement qui a son importance. Ce jurisconsulte nous apprend que les exceptions furent introduites tout d'abord pour porter remède aux injustices du *jus civile*. Les exceptions, nous dit Gaius, sont nées de la lutte engagée par le préteur au nom de l'équité contre le droit civil. C'est assez dire qu'à l'origine, l'exception dut être insérée exclusivement dans des formules d'actions, dont l'*intentio* était empruntée au droit civil, c'est à savoir dans les formules *in jus conceptæ*. La fonction primitive de l'exception fut donc de paralyser *æquitatis causa* les prétentions contenues dans des *intentiones in jus conceptæ*. Plus tard, on vit des exceptions dirigées contre des actions *in factum* ; mais, selon toute vraisemblance, ce n'est pas dans la formule *in factum*, création prétorienne, que l'exception avait dû faire sa premiere apparition [2].

[1] Accarias. tome II, page 1197, note 2.
[2] Lenel. op. cit. page 52.

CHAPITRE II

ORIGINE DES EXCEPTIONS DANS LE DROIT PRÉTORIEN.

Nous savons à présent quelle a été à Rome l'origine des exceptions, comment elles naquirent d'une réaction équitable contre la rigueur du *strictum jus*, et sous quelles influences elles furent créées par le préteur, promoteur de cette réaction. Envisagée dans sa fonction primitive, dans ses applications les plus anciennes, l'exception peut donc se définir : Un moyen de défense prétorien, tiré de l'équité, et destiné à repousser une demande conforme aux principes du droit civil. Ainsi à l'origine, le fondement de l'exception se trouve à la fois dans le droit prétorien et dans l'équité[1].

Dans la suite, ainsi que nous l'avons laissé entrevoir précédemment, l'exception fut fréquemment détournée de sa destination première ; elle ne fut plus employée seulement comme un moyen d'équité, mais elle servit à sanctionner des règles d'une nature toute différente,

[1] Eisele. op. cit. page 37.

principalement des règles de procédure et même des règles empruntées à des considérations d'ordre public.

A l'avènement de l'empereur Auguste, c'est-à-dire au moment où va s'ouvrir la période du droit classique, on peut dire que la théorie des exceptions avait reçu son plein développement. Non seulement la notion de l'exception, en tant que procédé de défense, était entrée dans la pratique romaine; mais encore le plus grand nombre des exceptions avaient fait leur apparition et avaient reçu d'édit en édit leur consécration définitive. Est-ce à dire qu'après la chute de la république, l'édit du magistrat ait cessé d'étendre par des applications nouvelles la théorie des exceptions? Assurément non: l'édit prétorien demeure, au temps des empereurs et même après la rédaction de l'*Edictum perpetuum*,(Gaius, I, 6) une source féconde du droit. En matière d'exceptions notamment, le préteur continua à formuler des dispositions nouvelles destinées à assurer aux défendeurs des moyens de protection sans cesse plus nombreux et plus efficaces. Les jurisconsultes de leur côté, s'emparaient de la théorie des exceptions, la développaient dans leurs consultations et l'enrichissaient d'applications nouvelles. Enfin, le Sénat et les Empereurs eux-mêmes, nous nous en convaincrons bientôt, n'hésitèrent pas dans certains cas à se servir de l'exception pour sanctionner des règles de droit émanant de leur propre initiative. Il n'en est pas moins vrai que, dès le début de la période classique, le système des exceptions peut être regardé comme ayant atteint son entière perfection [1].

[1] Parmi les innovations introduites au temps des empereurs

Plaçons-nous donc à l'époque du droit classique, et demandons-nous quel est à ce moment le fondement juridique de l'exception. En d'autres termes, il s'agit de déterminer quel est exactement le critérium de la distinction fameuse entre les défenses tirées du fond du droit et les exceptions, distinction que nous trouvons bien nettement établie dans les écrits des jurisconsultes [1]. Cette question qui se rattache par des liens étroits à notre étude historique, a eu le privilège de passionner les interprètes du droit romain en Allemagne. Bien des systèmes ont été proposés, bien des controverses ont été agitées, touchant le fondement juridique des exceptions. En France aussi, des points de vues divers, des idées contradictoires ont été exposés. Essayons de rap-

dans la théorie des exceptions, rappelons en passant celles qui se rattachent au fonctionnement de l'*exc. non numeratæ pecuniæ*. A partir du troisième siècle, cette exception échappe à la règle : *Reus in excipiendo fit actor*. Toutes les fois qu'un créancier réclame *ex stipulatu* une *certa pecunia* ayant fait l'objet d'un prêt, — *quasi credita*, — les empereurs dispensent le débiteur de l'obligation de prouver l'absence de numération. Par le seul fait que le défendeur oppose l'*exc. non numeratæ pecuniæ*, on présume que les écus stipulés n'ont pas été versés, et l'on oblige le demandeur à établir la preuve contraire. Mais voici une seconde dérogation plus singulière encore. Lorsque le créancier agit non plus en vertu d'une stipulation, mais à raison d'un *mutuum* constaté par une reconnaissance écrite de l'emprunteur, les constitutions impériales qualifient d'*exc. non numeratæ pecuniæ* le moyen du défendeur qui oppose à la demande le défaut de numération. Nous disons que c'est là une anomalie des plus bizarres : car la réponse du défendeur constitue ici une véritable négation de la demande *ex mutuo*. (lois 1, 2, 5, 9. Code. De non num. pec. IV, 30).

[1] Voici des textes où l'opposition entre les deux espèces de moyens de défense est mise en relief : lois 17 § 1 et 2. de pactis. II. 14, — 34. § 1. de obl. et act. XLIV. 7 — 60. de fidej. XLVI. 1, — 38, § 1, de solut. XLVI, 3, — 22 § 8, ratam rem hab. XLVI, 8.

peler dans leurs traits principaux les différents systèmes qui ont été soutenus, et nous dirons ensuite de quel côté se portent nos préférences.

A l'origine, le fondement de l'exception n'est guère douteux. Les premières exceptions, nous l'avons admis avec Gaius, furent créées par le préteur, pour assurer à l'encontre de l'*ipsum jus* le triomphe de l'équité. Primitivement, l'exception était donc tout ensemble un moyen prétorien et un instrument d'équité. Mais, à l'époque classique, le domaine de l'exception s'était considérablement étendu. A côté d'exceptions tirées de considérations d'équité, (*exc. doli mali*, *metus*, *pacti conventi, non numeratæ pecuniæ,* etc...) nous voyons le défendeur opposer à son adversaire des moyens de défense, conçus en forme d'exceptions et se rattachant à des motifs de nature diverse. (*exc. rei judicatæ*, *cognitoria*, *rei residuæ*, *litis dividuæ, exc. si quid contra legem vel senatusconsultum factum sit*, etc...) Il n'est donc plus possible, quoi qu'on en ait dit, de caractériser l'exception du droit classique, en la présentant comme une défense d'équité.

On a prétendu en effet que toutes les exceptions reposent sur l'équité. En d'autres termes, on a cherché à expliquer l'opposition entre l'exception et les défenses au fond par cette considération: les défenses au fond sont celles qui se tirent des principes du droit, l'exception au contraire dérive de l'équité. Cette thèse n'est pas nouvelle. Déjà Doneau définissait l'exception comme une défense d'équité[1]. Récemment, le même point de vue a

[1] Comment. jur. civ., XXII, 1, § 3. Exceptio est defensio rei quæ actioni alioqui jure constitutæ opposita hanc ipsam *æquitatis ratione* excludit.

été repris et défendu par Birkmeyer [1]. Dans ce système, les mots *exceptionis ope* équivaudraient littéralement à *æquitatis ratione*.

Sans doute, si l'on recherche par quelles influences et dans quel but le préteur se trouva amené anciennement à créer des exceptions, il est exact de dire que les premières exceptions prirent naissance dans l'équité. Il y a donc une grande part de vérité dans la thèse que nous combattons. Historiquement, elle rend un compte exact de la pensée générale et des circonstances qui déterminèrent l'apparition de l'exception. Mais, à l'époque classique, il est impossible d'admettre que dans tous les cas, les exceptions fussent destinées à faire prévaloir l'équité.

Les textes sur lesquels s'appuie l'opinion que nous repoussons, n'ont pas la portée que nos adversaires ont voulu leur attribuer [2]. Depuis longtemps, on a fait observer [3], que ces textes, en particulier les §§ 116 et 117, IV de Gaius se bornent à citer des exemples et se réfèrent aux exceptions les plus nombreuses et les plus usitées. Il est certain que dans la très grande majorité des cas, l'exception même dans le droit classique était

[1] Birkmeyer développe cette thèse dans sa monographie : Die Exceptionen im bonæ fidei judicium. Erlangen. (1874) voir notamment le § 16. Dans le même sens : Eisele op. cit. page 37 — Brinz. Lehrbuch der Pandekten. tome I, 2e édition. § 107, page 373.

[2] Ces textes sont notamment : Gaius. IV, 116 et 117. — Inst. § 1, de Exc. IV, 13. — Ulp. fr. 2 § 5 de dol. mal. et met. exc. XLIV, 1. — Cicéron. part. orat. c. 29. § 102 : Qui defendit, resistat oportet aut inficiando, aut *æquitate* opponenda. — ibid. c. 28, § 100... *de excipienda iniquitate actionis*...

[3] Savigny. Syst. V. § 227, page 185. — Accarias. tome II, page 1205, note 1.

une arme d'équité. Mais, quel rapport veut-on établir entre l'équité et des exceptions telles que l'*exc. jurisjurandi, Macedoniani* ou *cognitoria*? Et enfin, comment expliquer dans la doctrine que nous combattons, des textes qui nous révèlent l'existence d'exceptions *minùs honestæ, ab æquitate naturali abhorrentes*[1]?

La vérité est que l'exception, après avoir servi anciennement à combattre d'une manière exclusive les demandes contraires à l'équité, fut étendue dans la suite par le préteur à tous les cas, dans lesquels il semblait convenable pour une raison ou pour une autre de préserver le défendeur des conséquences préjudiciables d'une poursuite intentée valablement selon le *jus civile*. Dès lors, à côté des exceptions destinées à faire pénétrer l'équité dans le droit romain, il y en eut qui furent inspirées par des considérations auxquelles l'équité était étrangère[2], exceptions que le jurisconsulte Ulpien regarde comme fondées sur des chicanes de plaideurs, *in apicibus juris*. En résumé, s'il est vrai que les défenses empruntées à l'équité prennent invariablement dans la formule la forme d'exceptions, il est inexact de dire que réciproquement toutes les défenses conçues en forme d'exceptions, constituent des défenses d'équité.

Tout autre est le point de vue de Savigny. D'après Savigny, ce n'est pas dans l'équité qu'il faut chercher le fondement des exceptions. Ce qui caractérise l'exception dans le système de Savigny, c'est qu'elle tend à faire valoir « une défense fondée sur un droit indé-

[1] Ulp. loi 10, § 12 et loi 29, § 4. Mand. XVII, 1. Marcellus. loi 66, de reg. juris. L, 17.

[2] Dans ce sens : Savigny. Syst. V, § 227. — Accarias. tome II, n° 896. — Keller. § 35. page 150. — Demangeat. tome II, page 764.

pendant qui appartient au défendeur[1]. » Ainsi, l'exception suppose un droit rival, indépendant, appartenant en propre au défendeur, et paralysant la prétention du demandeur; et c'est par là que l'exception se distingue des défenses proprement dites, ces dernières consistant dans la négation pure et simple du droit prétendu dans l'*intentio*. Tout dépend donc de la nature du moyen de défense invoqué par le *reus*. Si le défendeur se borne à nier la prétention de son adversaire, le moyen qu'il oppose constitue une défense proprement dite et opère *ipso jure*. Si au contraire le défendeur oppose à l'*intentio* du demandeur un droit indépendant, ce moyen de défense prend la forme d'une exception, et opère *exceptionis ope*.

Tel est le système de Savigny, et, disons-le tout de suite, cette manière de voir a été adoptée par un grand nombre de commentateurs[2]. Il est remarquable que le système de Savigny fait entièrement abstraction de l'intérêt historique qui s'attache à la distinction des défenses *ipso jure* et *exceptionis ope*. Alors que la plupart des interprètes cherchent à expliquer l'exception par des considérations tirées de l'histoire du droit romain, Savigny ne voit dans l'exception qu'un moyen de défense d'une espèce particulière, fondé sur la nature même de la prétention élevée par le défendeur. Ainsi envisagée, l'exception ne doit plus être considérée comme un phénomène passager et spécial à l'histoire

[1] Savigny. Syst. V. § 226, page 172. Même point de vue et même définition de l'exception dans Demangeat. tome II, page 764.

[2] Puchta. Cursus der Institutionen. I. § 170 — Bethmann-Hollweg. Der Civilprocess des gem. Rechts in histor. Entwicklung. II, § 99. page 385. — Demangeat. Tome II, page 764.

des institutions romaines; l'exception au contraire, dans la pensée de Savigny, est de tous les temps et de toutes les législations. A quelque époque que l'on se place, il faudra opposer les défenses en forme de négation aux défenses tirées d'un droit indépendant propre au défendeur[1].

La théorie de Savigny, d'abord acceptée sans contrôle, est assez généralement abandonnée aujourd'hui[2]. Observons en premier lieu que cette théorie ne trouve aucun point d'appui dans les textes. Nulle part, à notre connaissance, les jurisconsultes romains ne font allusion à ce droit rival sur lequel serait fondée l'exception du défendeur. Il suffit d'ailleurs de passer en revue un certain nombre d'exceptions, pour se convaincre que le critérium proposé par Savigny est absolument inexact. Voici par exemple des exceptions se rattachant à des règles de procédure : *exc. præjudicii*, *cognitoria et procuratoria*, *litis dividuæ*, etc... Ces défenses n'ont avec la prétention du demandeur aucun rapport; dira-t-on qu'il s'agit ici d'un droit spécial du défendeur venant combattre le droit invoqué par le demandeur? Evidemment non. Il en est de même pour la plupart des exceptions péremptoires : ainsi les *exc. pacti*, *metus* et tant

[1] Le point de vue de Savigny est implicitement rejeté par M. Accarias, tome II, page 1193, qui prête à la distinction des défenses au fond et des exceptions « une haute importance historique. » De même Ortolan, tome III, n° 2248 : « L'exception est une conséquence de la procédure par formules, elle ne se comprend bien qu'à cette époque. »

[2] Eisele. op. cit. page 40. — Krüger. Zeitschrift fur Rechtsgeschichte. VII, page 219. Process. Consumtion. page 24. — Bekker. Aktionen. II, page 275, ont combattu en Allemagne le système de Savigny, victorieusement à notre avis.

d'autres ne répondent en aucune façon au critérium proposé par Savigny. Qu'on examine attentivement le contenu de ces exceptions ; on s'assurera qu'elles ne présentent aucune trace de ce droit rival qui, d'après nos adversaires, serait le signe distinctif de l'exception par opposition aux autres moyens de défense. Tout au plus pourrait-on citer quelques exceptions telles que l'*exc. justi dominii*, l'*exc. doli mali* dans certaines de ses applications, (par ex. en matière de compensation) comme destinées à faire valoir un droit proprement dit du défendeur. Les exceptions de cette sorte sont peu nombreuses ; la grande majorité des exceptions, au contraire, protestent contre la théorie de Savigny.

D'autre part, et c'est là une observation capitale, les droits indépendants que le défendeur peut être fondé à invoquer pour sa défense, ne se présentent pas toujours sous la forme d'une exception. Bien mieux, il n'est pas sans exemple qu'un même droit soit opposable par le défendeur tantôt par voie d'exception, tantôt sous forme de défense proprement dite. C'est ce qui arrive pour le droit de rétention : invoqué par le mari *propter impensas necessarias in res dotales*, ce droit est opposable *ipso jure*[1] ; invoqué par un possesseur à raison des impenses nécessaires faites sur le fonds d'autrui, ce même droit n'est plus opposable que par la voie d'une exception de dol[2]. Or, dans ces deux hypothèses, le défendeur allègue identiquement le même droit, le droit au remboursement ; et cependant, dans un cas, ce défendeur sera protégé *ipso jure*, dans l'autre il ne rece-

[1] Inst. IV, 6, § 37. Impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt.
[2] Lois 48 de rei vind. VI, 1, 14 de dol. mal. met. exc. XLIV, 4.

vra que le secours de l'exception. Cette dernière observation prouve jusqu'à l'évidence l'inexactitude du critérium de Savigny.

Il faut donc chercher ailleurs le fondement juridique de l'exception. M. Accarias, pour rendre compte de la distinction des défenses au fond et des exceptions, caractérise ces dernières, en disant qu'« elles supposent un antagonisme dans la législation, elles expriment un droit de formation postérieure qui a réagi et prévalu contre un droit plus ancien, non abrogé[1]. » Dans un certain sens, cette formule est rigoureusement exacte. Toutes les fois, en effet, que nous nous trouvons en face d'une exception, il est incontestable que cette exception nous révèle l'existence d'un droit ancien, d'un *ipsum jus,* selon lequel le défendeur à l'époque primitive eût encouru la condamnation. Le fait même du recours à l'exception dénote que, *ipso jure*, dans les principes du pur droit quiritaire, la prétention du demandeur eût dû triompher. L'exception suppose donc invariablement un changement dans la législation.

Mais faut-il dire réciproquement que tout changement dans la législation se traduit par la création d'une exception ? Nous en doutons ; nous croyons que les défenses qui se rattachent au droit secondaire, au droit de formation récente, ne constituent pas nécessairement des exceptions. En veut-on un exemple ? Nous l'empruntons à la théorie des Donations. En matière de donations, on voit apparaître à une époque relativement récente de l'histoire du droit romain, deux prohibitions, l'une créée par la loi, l'autre coutumière. La

[1] Accarias. tome II, n° 890.

première a déjà fait l'objet de nos études : elle s'applique aux donations *supra modum legitimum*, et fut l'œuvre de la loi Cincia. La seconde, due sans doute à l'initiative des Prudents, et postérieure en date à la loi Cincia [1], atteignait les donations entre époux. La comparaison de ces deux théories prohibitives est particulièrement intéressante pour nous [2]. Toutes deux, en effet, naquirent d'une réaction contre le droit ancien, toutes deux se rattachent au droit de formation postérieure. Toutes deux selon les apparences devraient donc fournir au donateur qu'elles cherchent à protéger, des moyens de défense de même nature. Or, les textes nous apprennent positivement le contraire. Poursuivi en paiement d'une promesse excessive, le donateur opposera l'*exc. Cinciæ ;* l'époux donateur, au contraire, en cas de promesse libérale, n'a besoin d'aucune exception, il se défend, *ipso jure* [3].

Cet exemple nous montre quel est peut-être le point faible de la théorie de M. Accarias. Ce n'est pas assez dire que de présenter l'exception comme un moyen de défense de formation postérieure. Et en effet, les moyens de défense créés par le droit récent, à l'encontre du droit ancien, ne se présentent pas forcément sous la forme d'exceptions ; le droit récent sait fort bien à l'occasion créer des nullités absolues et des défenses qui

[1] Ce qui le prouve, c'est que la loi Cincia, supposant une donation entre époux, range ceux-ci parmi les *personæ exceptæ* (Fr. Vat. § 302).

[2] Voir Krüger. Zeitschrift fur Rechtsgeschichte. VII, pages 219 et suiv.

[3] Loi 3 § 10, de don. int. vir. et ux. XXIV, 1. Et si stipulanti promissum sit, nihil valet : *ipso enim jure*, quæ inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.

opèrent *ipso jure*. En un mot, le critérium de la distinction entre les défenses proprement dites et les exceptions ne se trouve point dans l'antagonisme du droit plus récent et du droit plus ancien, puisque le droit récent a produit tout ensemble des exceptions et des défenses *ipso jure*.

D'autres définitions de l'exception ont encore été données. Parmi les plus intéressantes, nous relevons pour la combattre, celle de Bekker[1]. D'après Bekker, l'intérêt de la distinction des défenses au fond et des exceptions se rapporte uniquement à la procédure et aux pouvoirs du juge. Bekker s'est demandé comment il se fait que le défendeur dans certains cas soit protégé *ipso jure*, dans d'autres cas se trouve contraint de présenter sa défense sous la forme d'une exception ; et voici la réponse qu'il s'est donnée. L'exception doit être insérée dans la formule toutes les fois que le moyen de défense du *reus* ne consiste pas dans la négation directe de l'*intentio*. Ainsi, lorsque le *reus* nie purement et simplement l'existence du droit prétendu par le demandeur, l'exception n'est pas nécessaire[2]. Si, au contraire, le défendeur ne pouvant attaquer de front le droit de son adversaire, se borne à le combattre d'une manière indirecte, c'est-à-dire par des moyens qui en paralysent l'efficacité, il faudra alors recourir à l'exception. L'exception, conclut Bekker, n'est donc pas autre chose qu'une arme de procédure tendant à faire admettre par le juge des défenses que ce dernier ne pourrait pas prendre

[1] Bekker. Consumption. page 95. Actionen. II, page 283.

[2] Les termes même de la formule *an paret dare oportere* autorisent en effet le juge à prendre connaissance des défenses en forme de négation.

en considération, si la formule ne lui en donnait expressément le pouvoir[1].

La définition de Bekker n'en est pas une, elle est tout au moins insuffisante. Dire que l'exception est un moyen de défense qui ne consiste pas dans la négation directe de l'*intentio,* c'est exact assurément. Mais cela ne nous apprend pas pourquoi tel moyen de défense renferme la négation de l'*intentio* et pourquoi tel autre ne fait que paralyser la demande *exceptionis ope.* Pourquoi par exemple le débiteur d'un corps certain est-il libéré *ipso jure* par la perte fortuite de la chose due, et pourquoi la remise d'une dette *nudo pacto* n'engendre-t-elle qu'une exception ? Ce pourquoi, Bekker ne nous le dit point, et c'est là cependant le point capital de nos recherches. Pourquoi à Rome dit-on de certaines défenses qu'elles opèrent *ipso jure* et de certaines autres qu'elles n'ont que la valeur d'une exception ? quel est en un mot le fondement, le signe distinctif des unes et des autres ?

En réalité, ce qui caractérise l'exception, c'est qu'elle suppose l'*auxilium prætorium*[2]. En d'autres termes, l'exception nous apparaît comme le moyen de défense du droit prétorien, tandis que les défenses au fond sont l'œuvre du droit civil. Là se trouvent le fondement véritable et le critérium de la distinction entre les défenses et les exceptions. D'une part en effet, les moyens de dé-

[1] On retrouvera la même définition, reproduite littéralement par Völderndorff. dans la Zeitschrift fur Civilrecht und Pr. XI, page 301.

[2] Ce système déjà soutenu autrefois par Albrecht (die Exceptionen des gem. deutschen Civilpr. geschichtlich entwickelt. Munich. 1835) a été plus récemment défendu par un certain nombre d'interprètes de l'école allemande, notamment par Krüger, Eisele, Zimmermann, Lenel.

fense accordés par le préteur se présentent invariablement sous la forme d'une exception ; et réciproquement d'autre part, nous croyons que toutes les exceptions, quelles qu'elles soient, se rattachent au droit prétorien.

Que les défenses organisées par le préteur se produisent inévitablement en forme d'exceptions, nous l'avons déjà indiqué précédemment ; cela revient à dire que le droit prétorien ne peut en aucun cas créer des moyens de défense qui opèrent *ipso jure* : et c'est là un point tellement certain qu'il est inutile d'y insister[1]. Au contraire, on a contesté l'exactitude de notre seconde proposition ; un grand nombre d'interprètes du droit romain se refusent à admettre que toutes les exceptions sans distinction soient fondées sur le droit prétorien. Nous allons essayer de mettre en évidence le caractère prétorien des exceptions, en réservant pour plus tard l'examen et la réfutation des objections qui ont été soulevées contre notre thèse.

Tout d'abord il importe de préciser le sens et la portée de la proposition dont nous prétendons démontrer l'exactitude, et que nous avons formulée en ces termes : Toutes les exceptions sont d'origine prétorienne. Cette formule a une portée absolue. En premier lieu, elle embrasse dans la généralité de ses termes, sans restriction aucune, toutes les exceptions quelle que soit leur nature, quels que soient les faits qui leur servent de base, et même, bien qu'en dise Gaius, (IV, 118) les exceptions *quæ ex legibus substantiam capiunt*. D'autre part, notre formule signifie que les exceptions sont d'origine prétorienne, aussi bien dans le fond que dans la forme.

[1] Accarias. tome II, n° 893.

La plupart des interprètes ont cru devoir distinguer ici entre la forme et le fond[1]. Envisagées dans leur forme, c'est-à-dire en tant que conditions apportées dans la formule à la condamnation, (Gaius. IV, 119) les exceptions sont toutes de création prétorienne : personne n'en doute. Au contraire, envisagées dans leur fondement, les exceptions seraient d'origine tantôt prétorienne, tantôt civile. Pour nous nous rejetons cette distinction, et nous pensons établir que les exceptions sont d'origine prétorienne aussi bien dans la forme que dans le fond[2].

Ainsi donc, dans notre système, les exceptions ont leur fondement dans le droit prétorien, par opposition aux défenses proprement dites qui découlent du *jus civile*. Qu'entendons-nous par là ? Dire que l'exception a son fondement dans le droit prétorien, cela semble signifier au premier abord qu'elle tend à assurer dans tous les cas l'observation de règles établies par le préteur lui-même. En d'autres termes, l'exception servirait à faire valoir des faits et des prétentions qui ne sont pris en considération que par le droit prétorien, et dont le droit civil ne tient aucun compte. C'est là en effet ce que soutient Eisele[3]. D'après cet auteur, l'exception suppose nécessairement un fait ou une prétention auxquels le *jus civile* n'a pas égard. Cette manière de voir est-elle d'une entière exactitude ? Non. Sans doute dans l'immense majorité des cas, la formule de l'exception énonce des faits tels que le dol, la *metus*, le pacte nu,

[1] Accarias. tome II, n° 893. — Rudorff. Rechtsgeschichte. II. § 31, page 109. — Keller. § 35, note 373.
[2] Lenel, op. cit. page 55.
[3] Eisele, op. cit. ch. 3, pages 35 et suiv.

qui *jure civili* sont totalement dépourvus d'effet. Néanmoins, il arrive quelquefois que l'exception tend à faire valoir des prétentions déjà admises par le droit civil, mais ne donnant pas lieu *jure civili* à un moyen de défense [1]. Tel est le cas de l'*exc. rei venditæ et traditæ*. Cette exception dont le caractère prétorien n'est pas contestable [2], est accordée à un défendeur, qui ayant acheté *a non domino*, est menacé d'une éviction par son vendeur devenu propriétaire après coup [3]. Le but de l'*exc. rei venditæ et traditæ* est donc d'assurer du côté du vendeur l'exécution du contrat de vente. Or, nous avons constaté précédemment que dès l'époque des *legis actiones*, bien avant l'apparition de notre exception, le *jus civile* en pareil cas avait pris sous sa sauvegarde les droits menacés de l'acheteur. A cette époque primitive, l'acheteur n'ayant pas encore le secours de l'exception, n'échappait pas à la revendication de son vendeur ; mais, le droit civil lui permettait de se retourner *ex emto* contre le vendeur, auteur de l'éviction, et ainsi se trouvait assurée en définitive l'observation du contrat que le vendeur avait tenté de violer. Avant la création de l'exception, le droit civil avait donc déjà reconnu et sanctionné à sa manière ce principe d'équité, qui fait que le vendeur, ayant mission de protéger l'acheteur contre

[1] Zimmermann. Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift.

[2] Voir notamment la loi 4, § 32 de dol. mal. et met. exc. XLIV, 4, (arg. des mots : *prætorem te tueri*.)

[3] On sait que l'*exc. rei venditæ et traditæ* a une seconde fonction : l'acheteur *a non domino* peut s'en servir pour repousser la revendication d'un deuxième acheteur tenant ses droits du même vendeur, à supposer que ce dernier soit devenu propriétaire entre la première et la seconde vente.

les troubles provenant des tiers, n'a pas le droit de troubler lui-même son ayant cause dans sa possession.

L'exemple que nous tirons de l'*exc. rei venditæ et traditæ* est caractéristique. Voilà en effet une exception que les textes nous présentent comme prétorienne, et qui cependant a son point de départ dans un vieux principe de droit civil. Qu'y a-t-il donc de prétorien dans notre exception ? Assurément, ce n'est pas la règle sur laquelle l'exception repose, puisque cette règle émane du *jus civile* lui-même. Ce qui est prétorien, c'est la sanction imaginée par le préteur. L'innovation du préteur a consisté ici à créer un moyen de défense là où l'*ipsum jus* ne conférait qu'une action en restitution. L'exception est donc bien ici un *auxilium prætorium*, quoique le principe dans lequel elle prend naissance, ait été admis anciennement par le droit civil.

Les exceptions *legis Plætoriæ et Cinciæ* donneraient lieu aux mêmes observations. Suivant nos conjectures, ces exceptions n'existaient pas dans le droit des *legis actiones*. Pour protéger le donateur *supra modum*, le mineur *circumscriptus*, les lois Cincia et Plætoria avaient imaginé une arme offensive, une action en réparation; nous avons admis qu'elles ne créaient pas de moyen de défense. Lorsque plus tard le préteur accorda l'exception au donateur et au mineur de 25 ans, cette exception fut, elle aussi, un *auxilium prætorium*. Ici encore, la règle sanctionnée par les *exc. legis Plætoriæ* et *Cinciæ* était civile, mais la sanction était prétorienne. L'exception n'était que le complément du système imaginé par les lois Cincia et Pletoria, elle avait son point de départ dans ces lois ; mais, il n'en est pas moins vrai qu'elle émanait de l'initiative du préteur, qui le premier au-

torisa les donateurs et les mineurs de 25 ans à faire valoir sous forme de défense les prescriptions des deux lois prohibitives. Nos deux exceptions relèvent donc du *jus honorarium*.

On voit par là que, contrairement à la théorie de Eisele, l'exception peut parfois se baser sur des faits tels que la donation *supra modum* et la *circumscriptio adolescentium*, qui antérieurement ont déjà été pris en considération par le *jus civile*. Ainsi, le magistrat s'inspire parfois du droit civil, pour créer une exception; mais l'exception qu'il crée en pareil cas, n'en est pas moins prétorienne. En résumé, nous croyons que toutes les exceptions, quelles qu'elles soient, qu'on les envisage dans la forme ou dans le fond, tirent leur existence du droit prétorien. Les unes ont été inventées par le préteur, pour permettre au juge de prendre connaissance de faits, sur lesquels le *jus civile* ne porte pas attention; ce sont les plus nombreuses. Les autres, en minorité, nous apparaissent comme le corollaire de règles déjà formulées par le droit civil; le préteur, *viva vox juris civilis*, a créé ces exceptions, pour compléter le droit civil, dans des cas où l'*ipsum jus* ne permet pas d'opposer par voie de défense, les prescriptions des lois. Toutes les exceptions ont donc leur fondement dans le droit prétorien[1].

[1] Il est intéressant, pour contrôler l'exactitude de notre théorie, de l'appliquer aux hypothèses que nous avons précédemment signalées comme soulevant quelque difficulté. Ainsi, nous nous sommes demandé, pourquoi la nullité d'une donation excessive est opposable sous forme d'exception seulement, alors que la nullité des donations entre époux opère *ipso jure*. Tout s'explique maintenant, l'*exc. legis Cinciæ* étant une création prétorienne, et la prohibition des donations entre époux ayant au contraire été organisée et sanctionnée par

En nous attachant à ce point de vue, nous en arrivons à dire que la distinction des défenses au fond, et des exceptions, repose uniquement sur la division des sources du droit romain ; on oppose l'exception à la défense, comme on opposerait le *jus honorarium* au *jus civile*. Dès lors, il semble que les expressions *ipso jure* et *exceptionis ope* doivent être regardées comme synonymes, l'une de *jure civili*, l'autre de *tuitione prætoris*[1]. C'est en effet ce que les textes nous apprennent, et c'est ce qu'il nous reste à démontrer.

A. Voici d'abord une série de textes d'où il résulte, à n'en pas douter, que les idées d'exception et d'*auxilium prætorium* sont inséparables.

1. Cicéron (de Invent. II, 19, 57), qualifie les exceptions de prétoriennes :

> Nam et *prætoriis exceptionibus* multæ excluduntur actiones.

le *jus civile*. (Fr. Vat. § 96, arg. des mots : *jus civile donationem impedisse*.) De même, nous avons éprouvé quelque difficulté à justifier l'opposition qui existe entre la règle : *Impensæ necessariæ dotem ipso jure minuunt*, et ce principe d'après lequel le droit au remboursement d'impenses faites sur la chose d'autrui n'est invocable que par voie d'exception. Ici encore notre système semble résoudre la difficulté. L'exception accordée au possesseur à raison de ses impenses est de création prétorienne. Selon toute vraisemblance, la règle : *Impensæ necessariæ, etc...* se rattache au droit civil. (Sur les origines de cette règle : Ihering, IV, pages 65 et suiv.) — Enfin, l'on remarquera dans le même sens que l'effet extinctif de la *litis contestatio*, qui peut se produire *ipso jure* dans les *judicia legitima* ou *judicia* organisés par le droit primitif, opère au contraire *per exceptionem* dans les *judicia imperio continentia* dépendant du préteur. (Zimmern. op. cit. page 279.)

[1] Boncenne. Théorie de la procédure civile, tome I, page 88, note 1. — Eisele, ch. 5, (Ipso jure — ope exceptionis), op. cit. — Krüger Proc. Consumtion. § 5, page 19. — Lenel. op. cit. page 55.

2. Ailleurs encore, nous retrouvons la même expression : (auct. ad Her. I, 12, 22).

> In privata actione *prætoriæ exceptiones* sunt.

3. Enfin, un texte célèbre, (la loi 3, § 1, de pec. const. XIII, 5) nous dit en termes non équivoques :

> Si quis autem constituerit quod jure civili debebat, *jure prætorio non debebat, id est per exceptionem.....*

L'assimilation que ces trois textes, et en particulier le dernier, établissent entre *jure prætorio non debere* et *per exceptionem non debere*, n'est pas contestable. Il n'est guère possible d'exprimer en termes plus clairs que ceux de la loi 3 § 1, l'identité parfaite et absolue de l'exception avec les défenses du droit prétorien. En vain, les interprètes ont cherché à se soustraire à la démonstration formelle qui se dégage de la loi 3 § 1. Ainsi ou a prétendu que nos trois textes envisagent l'exception dans sa forme et dans son fondement. Cette interprétation de nos textes n'est guère admissible. A supposer que l'expression *prætoriæ exceptiones*[1] n'ait pas la portée que nous lui attribuons, la loi 3 § 1 ne laisse place à aucune équivoque. Ce texte envisage l'exception dans sa fonction, dans son effet qui est de paralyser une obligation fondée *jure civili* ; il n'est donc pas possible de soutenir que l'exception soit ici qualifiée au point de vue uniquement de sa forme.

[1] Il est probable que les textes ne qualifieraient pas l'exception de *prætoria*, si elle n'était prétorienne que par sa ferme. Parmi les actions civiles, plus d'une doit sa formule au préteur : a-t-on jamais songé à qualifier en pareil cas l'action de *prætoria ?* (Lenel. op. cit. page 56, note 1.)

4. L'exactitude de notre interprétation semble confirmée au surplus par des textes des Pandectes ou du Code. Citons notamment la loi 4 § 32. de dol. mal. et met. exc. XLIV, 4.

> Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres exstiterit, et eumdem fundum Mævio vendiderit et tradiderit [1], Julianus ait æquius esse *prætorem te tueri* : quia et si ipse Titius fundum a te peteret, *exceptione* in factum comparata vel doli mali summoveretur.......

Ici encore le jurisconsulte place sur la même ligne *prætorem te tueri* et *exceptione summoveri*. La structure générale du texte indique que les deux expressions sont équivalentes.

5. Enfin, la loi 5 Code. de pactis II, 3, n'est pas moins significative.

> Creditori tuo si partem pecuniæ exsolvisti, de parte vero non petenda inter te et eum convenit,..... ea obligatione *partim jure civili, partim honorario*, liberatus es. Nàm *exceptio* perpetua pacti conventi vel doli residui repetitionem repellit.

D'après ce texte la distinction des modes d'extinction en modes *ipso jure* et modes *per exceptionem* se confond littéralement avec la distinction des modes d'extinction civils et prétoriens. Les deux divisions n'en font qu'une [2].

[1] Probablement, le jurisconsulte avait écrit *mancipaverit*. Les compilateurs par étourderie ont substitué *tradiderit*, la mancipation ayant disparu dans le droit de Justinien.

[2] M. Accarias, (tome II, page 729, note 1) semble au contraire pré-

Tu as payé une portion de ta dette à ton créancier : ce paiement opère *ipso jure*, et c'est ce que le texte appelle *jure civili liberari*. Pour l'autre portion, tu t'es fait consentir un pacte de remise : cette partie de la dette sera éteinte *jure honorario, id est per exceptionem*.

B. Voyons maintenant des textes qui assimilent les expressions *ipso jure* [1] et *jure civili*.

En première ligne, il faut citer le § 116, IV de Gaius. Ce § 116 a une grande importance en notre matière. Gaius y expose, pour ainsi dire *ex professo*, la théorie des exceptions. Dans ce texte qui contient une définition de l'exception, chaque mot porte, chaque expression a une valeur doctrinale dont il faut soigneusement tenir compte. De ce § 116, nous détachons pour les mettre en parallèle, les deux phrases suivantes :

> Sæpe enim accidit ut quis *jure civili* teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari.....
>
> Item si pactus fuero tecum ne id quod mihi debeas, a te petam, nihilominus id *ipso jure* a te petere possum dare mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur : sed placet debere me petentem *per exceptionem* pacti conventi repelli.

La comparaison de ces deux fragments du texte nous

senter les deux divisions comme ne rentrant pas l'une dans l'autre.

[1] Dans la grande majorité des textes, l'expression *ipso jure* est employée avec le sens de *jure civili*. Cette expression a cependant d'autres significations. Ainsi dans les *judicia bonæ fidei* où l'exception de dol est sous entendue, les textes nous apprennent que le défendeur est protégé *ipso jure* contre le dol du demandeur. *Ipso jure* signifie ici : sans qu'il soit besoin d'insérer une exception dans la formule.

fournit un argument décisif. La pensée de Gaius n'est pas douteuse. Les expressions *ipso jure* et *jure civili* se sont présentées à l'esprit du jurisconsulte comme synonymes ; l'une rentre dans l'autre, et le texte a pu employer indifféremment l'une ou l'autre. *Jure civili teneri* et *ipso jure petere posse*, c'est tout un ; il n'est pas contestable que, sous la plume de Gaius, *ipso jure* opposé à *per exceptionem* signifie *jure civili* par opposition sans doute à *jure prætorio*. Le § 116 établit donc positivement d'une part le fondement prétorien des exceptions, et d'autre part l'identité qui existe entre *ipso jure* et *jure civili*.

De même, au § 32, III. Gaius nous apprend que le préteur ne peut pas créer de véritables héritiers, la qualité d'héritier étant une qualité du droit civil. Et voici en quels termes s'exprime le jurisconsulte :

Quos autem prætor vocat ad hereditatem,
hi heredes *ipso* quidem *jure* non fiunt :
nàm prætor heredes facere non potest.

N'est-il pas vrai que *ipso jure* est employé ici encore dans le sens de *jure civili* ? Enfin, on consultera dans le même sens le § 198, III. de Gaius [1].

Nous croyons ainsi avoir atteint le but que nous nous sommes proposé, et nous espérons avoir suffisamment démontré que toutes les exceptions, sans distinction entre la forme et le fond, sont d'origine prétorienne. Chemin faisant, nous avons pu constater que certaines d'entre elles se rattachent plus ou moins directement à des principes du droit civil. Mais, nous avons montré que même

[1] Eisele (op. cit. ch. 5), donne avec commentaire l'énumération d'un certain nombre de fragments du Digeste conçus dans le même ordre d'idées.

dans ce cas le moyen de défense, imaginé par le préteur, constitue un *auxilium prætorium*. Nous nous étions posé la question de savoir dans quels cas les défendeurs à Rome sont protégés *ipso jure*, dans quels cas au contraire ils sont tenus de recourir au procédé de l'exception. Voici notre réponse et notre conclusion : Le défendeur oppose sous forme d'exceptions les moyens tirés du droit prétorien, il oppose sous forme de négation les moyens empruntés au droit civil.

CHAPITRE III

DES EXCEPTIONS DITES CIVILES

On oppose à notre système sur le fondement prétorien des exceptions deux objections, qui soulèvent elles-mêmes des questions si nombreuses et si délicates que nous avons cru devoir en ajourner l'examen jusqu'à présent. Une première objection est tirée de la théorie des exceptions dites civiles. La seconde de moindre importance a été empruntée à la théorie des exceptions dans les actions de bonne foi. Abordons immédiatement la première objection qui, au point de vue historique, a pour nous un intérêt tout particulier.

La théorie des exceptions civiles est née d'un texte de Gaius, reproduit avec quelque inexactitude par les Institutes de Justinien. (Gaius. IV, § 118. Inst IV, 13, § 7). Voici ce texte:

> *Quæ omnes (exceptiones) vel ex legibus vel ex his quæ legis vicem obtinent substantiam capiunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt.*

Les exceptions, nous dit Gaius, sont de deux sortes : les unes empruntent leur substance aux lois ou à des sources de droit équivalentes; les autres émanent de la juridiction du préteur. Il semble donc qu'il faille diviser les exceptions, de même que les actions, en deux catégories : exceptions civiles, fondées sur des lois, des sénatus-consultes et autres sources civiles ; exceptions prétoriennes, ayant leur fondement dans l'édit du préteur. Assurément c'est là l'interprétation du texte qui se présente la première à l'esprit ; on ne saurait disconvenir que c'est la plus simple et la plus naturelle. Aussi, est-ce celle qui a été adoptée par la très grande majorité des commentateurs[1].

Savigny, qui est l'un des principaux défenseurs de la théorie des exceptions civiles, s'est inspiré du § 118, pour composer le tableau suivant où se trouvent combinées de diverses manières les actions et les exceptions civiles et prétoriennes ; d'après Savigny, il existe :

1. Des exceptions *civiles* opposées à une action *civile*.
2. Des exceptions *prétoriennes* opposées à une action *civile*.
3. Des exceptions *civiles* opposées à une action *prétorienne*.
4. Des exceptions *prétoriennes* opposées à une action *prétorienne*.

Quant aux exemples d'exceptions civiles, ils abondent. On cite d'une part des exceptions *quæ ex legibus*

[1] Ortolan, tome III, nº 2275. — Accarias, tome II, nº 893. — Demangeat, tome II, page 782. — Savigny. Syst. V, § 227, page 185. — Keller, § 35, page 145. — Rudorff. Rechtsgeschichte, II, § 31. — Puchta. Curs. der Inst. I, § 170. — Bethmann-Hollweg. Der Civil proc. des gem. Rechts. II, § 99, page 393.

substantiam capiunt, telles que l'*exc. legis Cinciæ*, *Plætoriæ*; d'autre part, des exceptions nées de sénatus-consultes, telles que les *exc. Velleiani*, *Macedoniani*, *Trebelliani*; enfin, des *exc. justi dominii*, *solutionis*, etc...

Telle est, dans ses principaux traits, cette théorie des exceptions civiles, qui vient battre en brèche notre système sur le caractère prétorien de l'exception. Il est manifeste que l'existence d'exceptions créées par le *jus civile* est inconciliable avec le système que nous avons exposé plus haut, pour expliquer la distinction des défenses au fond et des exceptions. Si le tableau présenté par Savigny est exact, s'il est vrai qu'on rencontre parfois une exception civile opposée à une action civile ou prétorienne, l'exception n'est plus ce que nous l'avons définie: un *auxilium prætorium* accordé par l'édit dans des cas où le *jus civile* n'accorde aucun moyen de défense. L'objection qu'on tire du § 118, a donc une réelle gravité. Aussi, importe-t-il d'examiner de très près les exceptions que l'on nous oppose comme civiles; c'est ce dont nous allons nous occuper. Nous nous arrêterons en premier lieu aux exceptions qui portent le nom d'une loi ou d'un sénatus-consulte. Puis, nous traiterons à part d'exceptions, telles que les *exc. justi dominii* et *solutionis* qui se rencontrent spécialement dans des formules d'actions prétoriennes. Avant tout il est indispensable de prendre parti sur l'interprétation qu'il convient de donner du § 118, IV de Gaius.

I. Commentaire du § 118.

Au premier abord, le texte de Gaius semble fournir un argument décisif aux partisans de la théorie des

exceptions civiles; nous ne nous le dissimulons pas. Cependant, pour peu qu'on y réfléchisse, il faut reconnaître que l'interprétation donnée par Savigny du § 118, offre tout au moins quelque chose de suspect. N'est-il pas bizarre en vérité que Gaius après avoir établi formellement l'origine prétorienne des exceptions, (IV, 116) se donne à lui-même quelques lignes plus bas un démenti éclatant? Tout à l'heure le § 116 nous présentait l'exception comme tendant à affranchir le défendeur de la condamnation, dans des cas où ce défendeur « *jure civili teneatur*, » et maintenant, le § 118 à quelques lignes d'intervalle viendrait nous apprendre que toutes les exceptions ne reposent pas sur le droit prétorien, qu'un certain nombre d'entre elles sont l'œuvre du droit civil. N'y-a-t-il pas là une contradiction bien étrange[1]? Enfin, comment concilier dans le système de Savigny le § 118 de Gaius avec les textes précédemment cités, qui assimilent d'une manière si catégorique les exceptions aux moyens de défense du droit prétorien?

L'examen attentif du texte de Gaius contribue d'ailleurs à augmenter notre défiance. En effet, il est à remarquer que le jurisconsulte ne se sert pas des mêmes expressions pour caractériser les deux sortes d'exceptions auxquelles il fait allusion. Des unes Gaius nous dit qu'elles empruntent leur substance au droit civil, *ex legibus substantiam capiunt*; les autres ont été inventées par le préteur, et sont dues exclusive-

[1] Savigny se rend si bien compte de cette contradiction, qu'il regrette que le § 118 ne précède pas le § 116 dans l'ordre des développements donnés par Gaius. Nous doutons que cette interversion suffise à justifier la thèse de Savigny. (Syst. V, page 185, note K.)

ment à son initiative, *ex jurisdictione prætoris proditæ sunt*. Au premier aspect, la nuance qui sépare ces deux expressions semble imperceptible [1], et l'on sera peut-être tenté de nous taxer de subtilité. Mais, après quelque réflexion, on reconnaîtra sans doute la différence qui sépare dans la pensée de Gaius les deux termes : *substantiam capiunt* et *proditæ sunt*.

Cette différence se rapporte à un ordre d'idées que nous avons laissé précédemment entrevoir. Dans toute exception en effet, on peut envisager deux choses. D'une part, il y a un fait sur lequel s'appuie l'exception, ce fait que l'on trouve mentionné dans la formule, et qui forme le contenu, la substance même de l'exception. D'autre part, il y a le moyen de défense qui résulte de l'exception : ce moyen de défense peut être envisagé en lui-même, in abstracto, indépendamment du fait d'où il se tire; c'est ainsi que le mot exception à lui tout seul éveille une idée qui est complète, qui se suffit à elle-même [2]. Selon qu'on envisage l'exception à l'un ou à l'autre de ces deux points de vue, selon que l'on considère le fait sur lequel elle se base ou le moyen de défense qu'elle engendre, on est conduit à des solutions différentes. Ainsi, nous avons vu que l'exception prise en elle-même, en tant que moyen de défense, est toujours prétorienne; au contraire, le contenu d'une excep-

[1] Dans tous les cas, cette nuance a échappé à Justinien, qui écrit au § 7, de exc. IV, 13 : Quarum quædam ex legibus vel ex iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictione, substantiam capiunt.

[2] De même, on peut considérer l'action en elle-même, comme jus persequendi judicio quod sibi debetur, et indépendamment de ses applications.

tion peut être civil[1]. Cette observation nous permet de pénétrer le secret du § 118.

Certaines exceptions, nous dit Gaius, empruntent leur substance, c'est-à-dire leur contenu aux lois et aux sources du droit civil. Sont-elles civiles? Non, elles ne se rattachent au droit civil qu'indirectement[2] et par l'intermédiaire du préteur. La règle sanctionnée par ces exceptions est de création civile ; mais, la sanction de l'exception est prétorienne. C'est le préteur qui a organisé l'exception basée sur la loi, la loi n'ayant point créé elle-même de moyen de défense. Sans l'intervention du préteur, le juge n'aurait pas pu s'inspirer de la loi, pour affranchir le défendeur de la condamnation, puisque la loi, pour une raison ou une autre, n'avait pas attaché de moyen de défense à ses prescriptions. Bien qu'elles puisent leur contenu dans le droit civil, les exceptions de la première classe n'en sont donc pas moins d'origine prétorienne. Quant aux exceptions de la seconde classe, elles sont exclusivement prétoriennes, et personne ne le conteste. *Ex jurisdictione prætoris proditæ sunt :* elles se rattachent à l'édit du préteur tant par leur contenu que par leur origine[3].

Ainsi s'explique le texte de Gaius, et l'on voit que ce texte se concilie pleinement avec le § 116 et avec le système que nous avons proposé touchant le caractère prétorien des exceptions. Si nous ne nous trompons,

[1] Eisele, op. cit. ch. 4, pages 49 et 50. — Zimmermann. Krit. Bemerkungen zu Eisele's Schrift.

[2] Zimmern. Traité des Actions, § 91, page 280.

[3] En ce sens : Albrecht. Die Exc. des gem .d. Civilproc. geschichtlich entwickelt. § 11, page 49. — Knappe. Versuch einer Entwickelung des Begriffes der *Exc.* § 17 et 18. — Eisele, loc. cit. — Lenel, op. cit. pages 46 et suiv.

voici quelle a été la suite des idées, dans l'esprit de Gaius :

§ 116. L'exception est un moyen de défense imaginé par le préteur pour soustraire à la condamnation les défendeurs tenus *jure civili*.

§ 118. Quelle a été la nature de l'innovation prétorienne ? Gaius répond : Les exceptions créées par le préteur sont de deux sortes. Les unes ont été introduites pour venir en aide au droit civil ; elles se rattachent indirectement aux lois et elles en assurent l'observation. Les autres reposent sur des principes purement prétoriens, elles découlent de règles nouvelles étrangères au *jus civile*.

Le § 118 de Gaius vient donc confirmer pour la matière des exceptions la fameuse définition de Papinien : *Jus prætorium est quod prætores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia*. (loi 7 § 1, de just. et jur. I. 1.) L'étude des principales exceptions dites civiles ne peut que nous affermir dans l'interprétation que nous venons de donner du § 118.

II. Exceptions legis Plætoriæ et Cinciæ.

Nous n'avons ici qu'à rappeler en peu de mots les résultats de nos recherches antérieures. Les exceptions *legis Plætoriæ* et *Cinciæ* n'ont pas été créées par les lois dont elles portent le nom. A l'époque où ces lois furent rendues, l'exception n'existait pas encore ; elle était incompatible avec les principes qui gouvernent la procédure des *Legis Actiones*. Nous avons vu quelle était la sanction des lois Plætoria et Cincia. Conformément aux tendances du droit ancien, ces lois se bornaient à faire

naître au profit du donateur et du mineur de 25 ans une action en restitution fondée sur la violation de la loi. Mais, le législateur s'était abstenu de prononcer une nullité, ou d'attacher un moyen de défense à la prohibition qu'il avait rendue. Ni la loi Plætoria, ni la loi Cincia n'avaient songé à soustraire le défendeur à la poursuite de son créancier, poursuite qui demeurait fondée *ipso jure*.

Plus tard, lorsque le Système formulaire eut fait son apparition, et après que la règle de l'unité de la question litigieuse se fût peu à peu effacée devant la théorie nouvelle des exceptions, le mécanisme des lois Cincia et Plætoria ayant perdu toute raison d'être, dut paraître défectueux. Le système de l'action en restitution fut critiqué ; on le regardait sans doute comme entraînant une complication et un détour inutiles. N'était-il pas infiniment plus simple de protéger, en leur conférant une défense, les donateurs qui avaient dépassé le taux de la loi et qui prétendaient revenir sur leur libéralité, les mineurs de 25 qui s'étaient engagés à la suite de manœuvres frauduleuses? Le préteur de son autorité privée créa en faveur de ces défendeurs l'exception *si quid contra legem factum sit*. Ce fut là assurément une exception quæ *substantiam capit ex legibus;* et cependant, si nos conjectures sont exactes, cette exception fut incontestablement d'origine prétorienne[1].

III. Exceptions si quid contra Senatusconsultum factum sit.

A l'époque classique, on voit apparaître trois excep-

[1] Ihering, IV, pages 117 et suiv. — Eisele, op. cit. pages 84 à 90. — Karlowa, op. cit. § 46. — Lenel, op. cit. page 47.

tions se rattachant à des sénatus-consultes célèbres. Ce sont les *exc. Scti Velleiani, Trebelliani et Macedoniani*; et la question qui s'agite autour de ces exceptions, est de savoir si elles ne relèvent pas du droit civil.

Avant d'aborder cette question, il n'est pas inutile de lever un doute possible relativement à l'autorité des sénatus-consultes en matière de droit civil. Le Sénat peut-il dès les premiers temps de l'empire, *jus facere*, rendre des sénatus-consultes concernant les matières du droit privé? Le doute provient ici du § 4, I, de Gaius, qui nous avertit que le pouvoir législatif du Sénat, du moins en matière civile, avait été controversé autrefois. L'examen de la difficulté soulevée par Gaius ne rentre pas dans le cadre de nos études. Nous nous contenterons de rappeler la solution qui est adoptée par le plus grand nombre des commentateurs [1]. La controverse rapportée par Gaius touchant l'autorité des sénatus-consultes remonte à l'époque de la république; dans l'opinion commune, les mots *quamvis fuerit quæsitum* se rapportent au temps qui a précédé l'empire, temps où il semble que les attributions législatives du Sénat aient été limitées aux matières de droit public [2]. Sous le règne de Claude, de Néron et de Vespasien, il n'est pas douteux que le Sénat ait eu le pouvoir de légiférer en matière civile.

Faut il donc admettre que les *exc. Velleiani, Trebelliani, Macedoniani*, aient leur source dans le *jus civile*?

[1] Ortolan, tome I, pages 231 et 270. — Accarias, tome I, n° 18. — Demangeat, tome I, page 82. — Revue pratique, tome XXXVI, page 495. — En sens contraire : Zimmermann, op. cit. page 24.

[2] Toutefois, un passage de Cicéron indique positivement les sénatusconsultes comme sources du droit civil. (Topiques. 5.)

Pour notre part, nous ne pouvons nous résoudre à qualifier ces exceptions de civiles, et nous allons essayer de démontrer que l'exception *si nihil contra senatusconsultum factum sit* est, elle aussi, d'origine prétorienne.

Nous possédons heureusement le texte des Sctes Velleien, Macédonien et Trébellien ; ce qui nous permet d'établir d'une manière précise, le sens et la nature des dispositions prises par le Sénat.

> l. 1, pr. de Scto Maced. XIV, 6. — placecere ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur.
>
> l. 2, § 1, ad Sctum Vell. XVI, 1. — ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his (quibus intercesserint feminæ) petitio neve in eas actio detur.
>
> l. 1, § 2, ad Sctum Trebell. XXXVI, 1. — placet ut actiones quæ in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suæ commissum sicut rogati essent, restituissent.

Ce qu'il y a de frappant dans ces trois textes, c'est qu'aucun d'eux ne prononce le mot d'exception. Le Sénat se borne à inviter les magistrats *ad quos in jure aditum erit*, à refuser l'action qui leur est demandée. Est-ce donc que les auteurs des sénatusconsultes auraient entendu anéantir *ipso jure* le droit et l'action du capitaliste qui a consenti un prêt d'argent au *filius familias*, du créancier au profit duquel la femme a intercédé, du fiduciaire qui a restitué l'hérédité ? En aucune façon. La volonté du Sénat n'était pas douteuse

pour les Romains : ce que le Sénat ordonnait au préteur, c'était la délivrance d'une exception *Scti* insérée dans la formule d'action. Bien que le texte des sénatusconsultes ne parlât point d'exception, personne ne devait se méprendre sur les intentions du Sénat[1]. Le préteur lui-même, ne s'était-il pas servi dans son édit d'une rédaction analogue à celle des sénatusconsultes, pour créer certaines exceptions, entre autres l'*exc. jurisjurandi*[2] ? Un fragment du commentaire d'Ulpien sur le Scte Macédonien, prouve jusqu'à l'évidence, que ce sénatusconsulte avait entendu introduire une exception.

> l. 7, § 10, de Scto Maced. Quamquam autem non declaret Senatus, cui *exceptionem det,* tamen sciendum est et heredem filii si paterfamilias decesserit, et patrem ejus si filiusfamilias decesserit, exceptione uti posse.

Le Sénat, dit Ulpien, avait organisé l'exception, sans dire à qui elle serait donnée. Le doute du jurisconsulte porte sur les cas d'application de l'exception, et non sur l'existence de l'exception elle-même[3]. Enfin, on se rappellera surtout la rubrique du titre 5 au livre XLIV des Pandectes. Cette rubrique : *Quarum rerum actio non datur* est caractéristique, l'objet du titre étant de fixer le

[1] Eisele (op. cit. page 91) a donc tort de prétendre que le Sénat, notamment dans le Velleien, se soit abstenu de préciser en quoi consistait sa volonté,

[2] Loi 7, de jurej. XII, 2.
Loi 3, pp. »

[3] Dans le même sens, loi 1, § 4, ad Sctum. Treb. — Lenel, op. cit. page 20.

domaine et les conditions d'application de certaines exceptions.

Ainsi, le Sénat en ordonnant au préteur *ne actio petitioque daretur* exprimait nettement et formellement sa volonté de recourir à l'exception. Pour s'en convaincre et aussi pour comprendre la rédaction de l'édit *de jure jurando*, et la rubrique du titre 5 au liv. XLIV, il suffit de rappeler que *denegatio actionis* et délivrance d'une exception sont deux choses parallèles, la *denegatio actionis* se produisant lorsque l'exactitude de l'exception n'est pas douteuse, la délivrance d'une exception supposant au contraire, que les faits sur lesquels l'exception se fonde sont contestés[1]. En définitive, il n'est pas douteux que les sénatusconsultes Velleien, Macédonien et Trébellien aient eu pour but d'organiser une exception au profit des femmes qui intercèdent pour autrui, des fils de famille qui empruntent, et des héritiers qui ont restitué.

Ne semble-t-il pas dès lors, que cette exception prenne sa source dans le droit civil ? Nous ne le croyons pas. Revenons un instant au texte des sénatusconsultes, et arrêtons-nous à la forme dans laquelle le Sénat prit ses dispositions législatives. On remarquera que le Sénat a

[1] Accarias, tome II, page 1216, n° 901 et note 1. — Eisele, op. cit. page 92. — Lenel, (op. cit. pages 18 et suiv.) explique la rédaction des senatusconsultes et la rubrique du tit. 5, liv. 44, en faisant observer que l'exception a pour effet d'anéantir l'action à laquelle elle est opposable, (arg. Cic. de invent. II, 19 : nam et prætoriis exceptionibus multæ *excluduntur* actiones.) Mais cette opinion nous paraît inconciliable avec des textes (Gaius, IV, 116), qui nous apprennent positivement que le demandeur malgré l'exception conserve le droit d'agir : *a te peti posse certum est*. L'action subsiste, mais elle est *inanis*, inefficace.

adopté dans chacun de nos trois textes la forme d'un ordre imposé aux magistrats[1]. On ordonnait au préteur de prendre les mesures nécessaires, pour qu'à l'avenir, certaines personnes pussent échapper à une poursuite que le Sénat considère comme fâcheuse. Ainsi, le Sénat n'organisait pas lui-même l'exception qu'il se proposait de faire naître; le Sénat s'en remettait au préteur du soin d'organiser cette exception et d'en régler le fonctionnement. Le préteur se trouvait donc lié par l'ordre du Sénat; mais, et c'est là que nous voulons en arriver, l'exception créée par le préteur sur l'injonction du Sénat, n'en était pas moins prétorienne.

La situation dans laquelle se trouvait le préteur en pareil cas, est caractérisée par un texte emprunté à l'édit et relatif à la matière des *bonorum possessiones uti ex legibus*.

> fr. un. uti ex leg. XXXVIII, 14. Uti me quaqua lege, senatusconsulto, bonorum possessionem dare *oportebit*, ita dabo.

La *bonorum possessio ex legibus*, l'exception *ex senatusconsulto* n'émanent point de la libre initiative du préteur : *substantiam capıunt ex legibus*; elles lui sont imposées par le législateur, organe du droit civil. Mais, en consacrant dans son Edit cette *bonorum possessio*, cette exception, le préteur se les approprie, et il devient vrai de dire qu'elles font partie des institutions prétoriennes, puisqu'en définitive, elles ont le préteur pour auteur[2].

[1] Ortolan, tome I, page 233.

[2] Lenel, op. cit. page 50. — Sohm. Institutionen des romischen Rechtes. page 143. — En sens contraire : Accarias, tome II, n° 444. — Bekker. Actionen, II, page 278.

Nous retrouvons sur un point particulier la confirmation des idées qui viennent d'être défendues. Si l'exception *Trebelliani* était une exception civile, la succession et la *petitio hereditatis*, organisées par ce sénatusconsulte, seraient civiles, elles aussi. Les textes nous apprennent formellement le contraire. Ainsi, les lois 1 et 2, de fid. her. pet. V, 6, opposent la *fidei commissaria hereditatis petitio* proposée par l'édit prétorien à la *petitio civilis*. Mais surtout, on remarquera les loi 24 § 1, fam. er. X, 2, et loi 2 § 19 pro emtore XLI, 4, qui qualifient le fidéicommissaire d'hérédité de *honorarius, prætorius successor*[1]. Ces textes établissent d'une façon certaine le caractère prétorien des dispositions prises par l'édit, en conformité des ordres donnés par les sénatusconsultes.

Reste à se demander pourquoi le Sénat dans chacun de nos trois cas, se borna à une injonction adressée au préteur, et s'abstint de régler lui-même le moyen de défense qu'il voulait accorder aux femmes, aux fils de famille et aux fiduciaires. Il est assez difficile d'expliquer la manière d'agir du Sénat. Nous avons dit plus haut qu'à l'époque impériale, l'autorité législative du Sénat en matière civile n'était ni contestée, ni contestable; et nous avons ainsi condamné par avance une opinion qui, pour expliquer les dispositions de nos trois sénatusconsultes, prétend que le Sénat n'avait pas la puissance de toucher au droit civil. D'après Eisele[2], le Sénat aurait cru plus prudent de ne pas poser de règle absolue, et aurait préféré s'en rapporter au magistrat qui,

[1] Argument emprunté à Lenel, op. cit. page 50.

[2] Eisele, op. cit page 95. — Dans le même sens : Bekker. Actionen. II, page 281. — Krüger. Proc. Consumtion. § 5.

dans chaque espèce particulière, pourra s'assurer de l'opportunité de l'exception. Il nous semble que la conduite du Sénat s'explique surtout par les tendances essentiellement conservatrices des Romains et par le respect dont ils entouraient leur droit civil et national[1]. Dans la pensée des Romains, le *jus civile* était en quelque sorte inviolable. Dès l'époque classique, ses principes semblaient se placer au-dessus des lois, à l'abri de toute atteinte. Les innovations juridiques se présentaient sous une forme discrète, et l'on se gardait de toucher ouvertement aux principes anciens dont on restreignait cependant de plus en plus les applications. Les sénatusconsultes Velleien, Trébellien et Macédonien sont venus, eux aussi, modifier sur bien des points les anciens principes du droit romain. Mais, par respect pour le *jus civile*, comme pour dissimuler une hardiesse, ils se sont bornés à enjoindre au préteur d'organiser des exceptions.

Quoi qu'il en soit des motifs qui ont guidé le Sénat, l'essentiel est pour nous de constater que les exceptions tirées de nos trois sénatusconsultes ont leur fondement dans le droit prétorien : nous espérons avoir fourni suffisamment cette démonstration.

IV. Des exceptions « civiles » opposées aux actions prétoriennes.

Le type des actions prétoriennes, c'est l'action *in factum*. La rédaction d'une formule *in factum* est sans contredit le procédé auquel le préteur recourt le plus

[1] Accarias, tome II, n° 893. — Knappe, op. cit. § 18.

fréquemment pour créer des actions nouvelles. Nous avons déjà eu l'occasion d'observer que les exceptions n'ont pas fait leur première apparition dans la formule *in factum concepta*. Mais la question qui s'impose en ce moment à notre examen est plus large. Il s'agit de savoir, d'une manière générale, s'il est possible de concevoir la présence d'une exception dans les formules d'actions *in factum*.

A première vue, on serait tenté de répondre négativement. L'exception proprement dite suppose d'une part une demande fondée en droit civil et d'autre part une défense tirée du droit prétorien. L'exception met en présence le *jus civile* et le *jus honorarium*, elle résulte d'une lutte entre ces deux droits. Il semble dès lors que les formules *in jus*, étant seules conçues d'après le droit civil, soient aussi les seules qui puissent recevoir une exception; et l'on a quelque peine à se représenter l'exception dans une formule *in factum* à *intentio* prétorienne.

Cependant, les textes nous signalent des exemples d'exceptions opposées à l'action *in factum* [1]. Sont-ce là des exceptions véritables ? Oui et non. D'une part il ne peut pas être question ici de paralyser *per exceptionem* l'énergie d'une *intentio* conforme au droit civil. D'autre part, l'exception opposée à l'*intentio in factum* a toutes les apparences, tous les dehors d'une exception proprement dite, elle en produit aussi les effets ; et l'on pourrait certainement lui appliquer la définition de Gaius :

[1] Loi 30, de pec. const. XIII, 5.
17, § 2, de pactis, II, 14.
7, § 2, quib. mod. pign. XX, 6.
17, § 1, ad Sct. Vell. XVI, 1.

(IV. 119) *ita formulæ inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem.* Au fond, on peut soutenir cependant qu'il n'y a pas là d'exception proprement dite : il n'y a qu'un procédé adroit destiné à soumettre à l'examen du juge des faits sur lesquels la formule, si elle était *pura*, n'attirerait pas son attention [1].

Le caractère essentiel de l'action *in factum* est en effet de limiter les pouvoirs du juge à la vérification d'un fait déterminé, duquel dépend la condamnation. La formule *in factum* confère au juge des pouvoirs beaucoup moins étendus que la formule *in jus*. Si l'on considère une *intentio* conçue *in jus* : *Si paret Num Num A° A° sestertium decem millia dare oportere*, on verra que cette *intentio* soulève en réalité plusieurs questions que le juge a mission de résoudre. N. Negidius a-t-il promis *decem millia* au demandeur ? Cette promesse est-elle valable *jure civili ?* La dette n'est-elle pas déjà éteinte ? Autant de questions que le juge devra examiner avant de répondre : *paret*. Au contraire, l'*intentio in factum* renferme le juge dans l'examen d'une question unique : Tel fait s'est-il produit ? L'existence de ce fait étant reconnue, la condamnation en résulte inévitablement, sans que le juge puisse même tenir compte de l'extinction de l'obligation à laquelle ce fait a donné naissance [2].

C'est alors que le préteur, pour élargir les pouvoirs du juge, insère dans la formule sous la forme d'une exception, une clause spéciale destinée à combler les lacu-

[1] La définition de Bekker (*voir page* 114) que nous avons repoussée comme ne suffisant pas à caractériser l'exception en général, s'applique au contraire parfaitement à l'exception insérée dans une formule *in factum*. (Bekker. Consumption. page 95. — Actionen. II, page 283.)

[2] Ihering, IV, pages 55 et 57.

nes de l'*intentio* [1]. Il ne faut donc pas chercher dans l'exception opposée à l'action *in factum* un moyen de défense tendant à écarter l'application de l'*ipsum jus ;* il faut n'y voir qu'un instrument de procédure, une exception artificielle imaginée pour remédier à l'insuffisance de l'*intentio in factum* [2].

Ainsi s'expliquent des exceptions telles que l'*exc. solutionis* opposée à l'action hypothécaire. La formule de cette action ne nous est est pas parvenue. Elle est restituée par beaucoup d'interprètes dans les termes suivants : *Si paret eam rem... pignori hypothecæve obligatam esse, neque eam pecuniam solutam aut ejus nomine satisfactum fuisse*, etc... Cette rédaction est fort discutable, bien que Gaius (IV, 47 nous donne pour l'action *depositi in factum* un modèle analogue. Il est bizarre de trouver mentionnés dans l'*intentio*, des faits dont la preuve incombe au défendeur, l'*intentio* étant la partie de la formule exclusivement réservée aux conclusions du demandeur [3]. Aussi préférons-nous la rédaction suivante : *Si paret... eam rem obligatam esse, si ea pecunia soluta non sit, neque ejus nomine satisfactum sit* [4]. etc...

Voilà donc une exception *solutionis* fondée sur un

[1] Eisele, op. cit. ch. 7, pages 107 et 108. — Krüger. Proc. Consumtion, § 5, page 20. — Lenel, op. cit. page 53.

[2] Cela est si vrai que parfois le préteur au lieu de recourir au procédé de l'exception, se borne à étendre l'*intentio in factum :* témoin la formule de l'action *depositi in factum* rapportée par Gaius (IV, 47), « *eamque dolo malo redditam non esse.* »

[3] Accarias, tome II, page 998, note 1.

[4] Cette rédaction est proposée par Thon. Zeitschrift fur Rechtsgeschichte, II, page 262. — Dans le même sens : Eisele, op. cit. page 105.

moyen, le paiement, qui en principe opère *ipso jure* et qui constitue une défense du droit civil. Est-ce là une exception civile ? Non : à vrai dire, *l'exc. solutionis* n'a de l'exception que les apparences. Lorsque le préteur construisit la formule de l'action quasi Servienne, il fallut bien conférer au juge le pouvoir d'absoudre le défendeur qui avait acquitté le montant de la dette hypothécaire. Le préteur avait donc deux questions à faire entrer dans la formule *in factum* : l'une touchant l'existence de l'hypothèque, dont la preuve incombe au demandeur ; l'autre relative au paiement, dont la preuve est à la charge du défendeur. La première question trouvait tout naturellement sa place dans *l'intentio* ; la seconde formulée dans l'intérêt du défendeur fut posée au juge sous la forme de *l'exc. solutionis*.

Il faut rapprocher de *l'exc. solutionis* une autre exception classée par les interprètes parmi les exceptions civiles : c'est *l'exc. justi dominii*. Cette exception est accordée au *dominus ex jure Quiritium* défendeur à l'action Publicienne. (lois 16 et 17. de Publ. VI, 2). L'action Publicienne ne fait pas partie du groupe des actions *in factum ;* elle est conçue *in jus*. Mais elle se rapproche à bien des égards de l'action *in factum;* on remarquera notamment que sa formule limite étroitement les pouvoirs du juge, et fait dépendre la condamnation de cette circonstance que le demandeur, s'il eût conservé la possession pendant le temps prescrit pour l'usucapion, fût devenu propriétaire selon le *jus Quiritium*. Voyons comment la nécessité de *l'exc. justi dominii* se déduit de cette limitation des pouvoirs du juge.

Lorsqu'un propriétaire est poursuivi par l'action en revendication, sa défense consiste dans la négation du

droit de son adversaire. Je suis propriétaire, donc vous ne l'êtes pas : une chose ne peut faire l'objet de deux propriétés à la fois. La défense opère ici par voie de négation de *l'intentio*, *ipso jure*. Dans la Publicienne au contraire, le défendeur alléguerait en vain son droit de propriété ; la propriété quiritaire du *reus* n'exclut pas la possibilité pour le demandeur de se trouver *in causâ usucapiendi*. Or le juge qui a constaté l'existence de la *causa usucapiendi*, est lié par cette constatation ; la formule de la Publicienne lui fait un devoir en pareil cas de condamner le défendeur, fût-il *dominus ex j. Q.* On comprend dès lors l'utilité de *l'exc. justi dominii*. Cette exception qui n'aurait aucune raison d'être dans une formule de revendication civile, s'explique ici par la rédaction étroite de *l'intentio* de la Publicienne. Peu importe au surplus que le *justum dominium* allégué par le défendeur ait son fondement dans le droit civil. Sans doute l'*exc. justi dominii* fait partie de cette classe d'exceptions *quæ ex jure civili substantiam capiunt*. Mais cette exception, de même que l'*exc. solutionis*, n'en doit pas moins son existence au préteur, qui les a imaginées toutes deux pour parfaire des formules d'actions dont il était l'auteur [1].

Si maintenant l'on parle encore d'exceptions civiles, ce ne peut être que par un abus de mots. Un tel langage est contraire aux sources, qui dans aucune circonstance ne se servent de l'expression *exceptio civilis*, alors que l'on trouve mentionnée à diverses reprises l'expression *prætoriæ exceptiones*. De plus, la théorie des exceptions civiles est contraire à la réalité des choses, puisqu'en

[1] En ce sens : Eisele, op. cit. page 102. — Lenel, op. cit. page 55.

aucun cas le droit civil n'a créé de lui-même et directement des exceptions. La théorie des exceptions civiles repose sur un malentendu, sur une équivoque, à laquelle malheureusement se prête au premier abord le § 118, IV de Gaius. Pour notre part, nous rejetons comme n'étant pas romaine la distinction des exceptions civiles et prétoriennes, et nous n'hésitons pas à en revenir à notre point de départ : Toutes les exceptions, quelles qu'elles soient, sont essentiellement prétoriennes.

CHAPITRE IV

DES EXCEPTIONS FONDÉES SUR L'ÉQUITÉ DANS LES JUDICIA BONÆ FIDEI.

Les exceptions, à la différence des défenses proprement dites, ne peuvent être prises en considération par le juge, qu'autant qu'elles font l'objet d'une mention spéciale et expresse dans la formule. C'est là une règle certaine, commune à toutes les exceptions, et qui s'expliquera d'elle-même si l'on considère que le *judex* est tenu en principe de trancher la question *an paret dare oportere* d'après les principes mêmes de l'*ipsum jus*. Cette règle reçoit une importante dérogation en ce qui touche les *judicia bonæ fidei*. Le juge de l'action de bonne foi est de plein droit autorisé à tenir compte de tous les faits que le défendeur pourrait opposer à l'*intentio* du demandeur sous la forme d'une exception de dol. C'est ce qu'on exprime parfois en disant que les exceptions fondées sur l'équité sont naturellement contenues dans la formule des actions de bonne foi. Traduction manifeste de textes bien connus qui nous disent :

Exceptio doli inest bonæ fidei judiciis. (loi 21. Sol. matr. XXIV, 3.) *Judicium bonæ fidei continet in se doli mali exceptionem.* (loi 84, § 5. de leg. I.) *Bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt.* (loi 3, de rescind. vend. XVIII, 5.)

Que signifient ces textes ? Ils signifient que les exceptions fondées sur l'équité n'ont pas besoin d'être écrites dans la formule de l'action *bonæ fidei*. Le juge de cette action est en effet tenu de prendre en considération *ex fide bona* tout ce que commande l'équité. Le préteur n'a donc pas à intervenir ici pour insérer dans la formule des exceptions d'équité ; l'examen de ces exceptions s'impose au juge sans qu'il soit besoin de la *tuitio prætoris*.

On comprend dès lors que la règle *exceptio doli inest bonæ fidei judiciis* soit de nature à faire naître une sérieuse objection contre notre théorie du fondement prétorien des exceptions. Nous avons dit et répété que l'exception suppose invariablement l'*auxilium prætorium ;* nous avons montré qu'elle tend à faire valoir des défenses auxquelles le *judex* ne pourrait avoir égard, si la formule ne lui en conférait le pouvoir exprès. Et voilà que nous nous trouvons en présence d'exceptions dont l'admission s'impose au juge sans insertion dans la formule, sans intervention spéciale du préteur. Ne semble-t-il pas que la règle *exceptio doli inest b. f. judiciis* vienne contredire et ruiner le système que nous avons défendu jusqu'ici [1] ?

[1] Cette objection a été soulevée par Birkmeyer. Elle forme le principal objet d'une monographie intitulée : *Die Exceptionen im bonæ fidei judicium.* (Erlangen. 1874).

Deux considérations spéciales viennent s'ajouter à l'argument qui se dégage de notre règle, et le rendent plus pressant.

I. En premier lieu, il faut observer que les actions de bonne foi appartiennent à la classe des actions civiles. Cela n'est guère contestable, et en tout cas, le § 2, de jure nat. gent. et civ. I. 2 des Institutes de Justinien, qui rattache les contrats de bonne foi au *jus gentium* n'y contredit point. Selon Gaius, (IV, 45) ce qui caractérise les actions civiles, c'est leur *intentio* qui est conçue *in jus* : *in quibus juris civilis intentio est*. Or il n'est pas permis à cet égard de mettre en doute le caractère civil des actions de bonne foi ; Gaius lui-même (IV,47) nous apprend qu'elles ont une *intentio in jus concepta* [1]. N'avons-nous pas au surplus une série de textes [2] qui qualifient expressément de civiles les obligations et les actions de bonne foi ? Il n'est donc pas douteux que les *judicia b. f.* aient été organisés et réglementés par le *jus civile*. Dès lors, ne se trouve-t-on pas tenté de conclure que dans ces *judicia* régis par le *jus civile*, c'est le droit civil lui-même qui oblige le juge à tenir compte des exceptions d'équité. Il semble donc qu'en pareil cas ces exceptions ne prennent pas leur source dans le droit prétorien.

II. Ce n'est pas tout. Au Digeste, des textes nombreux

[1] En ce sens : Accarias, tome II, n° 868, page 1131. — Birkmeyer, op. cit. § 14, pages 93 et suiv.

[2] Ces textes sont rapportés par Lenel, op. cit. page 66. On verra notamment :

Les lois 8, de rescind. vend. XVIII, 5.
33, pp. de æd. edicto, XXI, 1.
3, § 1, nautæ, caupones, IV, 9.
7, § 2, de pactis, II, 14.

faisant allusion aux défenses d'équité, lesquelles d'ordinaire sont opposables *per exceptionem*, nous apprennent que dans l'action *bonæ fidei*, ces défenses opéreront *ipso jure*[1]. Or le sens habituel des mots *ipso jure* n'est autre que *jure civili ;* nous l'avons reconnu précédemment. Ces textes semblent donc démontrer d'une manière péremptoire que le défendeur à l'action de bonne foi trouve *ipso jure*, dans le droit civil lui-même et en dehors de toute intervention du préteur, le secours des exceptions fondées sur l'équité.

Nous avons ainsi devant nous deux difficultés à résoudre :

1[re] Face du problème. Quel est le sens des mots *ipso jure* dans les textes que nous venons d'indiquer? Comment faut-il entendre le langage des jurisconsultes qui nous disent que le défendeur dans les *judicia bonæ fidei* est protégé *ipso jure* contre le dol du demandeur?

2[me] Face du problème. Que signifie la règle *Exceptio doli inest bonæ fidei judiciis ?* Quelles sont ses origines? est-il vrai que cette règle tienne en échec notre théorie sur le fondement des exceptions?

[1] Ces textes ont été rassemblés par Birkmeyer, op. cit. page 104, note 27. Voici les principaux ;

Lois 16, § 1, de minor, IV, 4.
3, § 3, pro socio, XVII, 2.
28, de act. emti. XIX, 1.
1, § 7, quar. rer. act. XLIV, 5.
7, pp. de dolo malo, IV, 3.
14, § 1, comm. div. X, 3.

Voir aussi : Accarias, tome II, page 493, note 3 et page 1204, note 1. — Eisele, op. cit. pages 75 et suiv.

SECTION PREMIÈRE. — *De l'effet du Dol dans les judicia bonæ fidei.*

Les jurisconsultes romains nous apprennent que dans les *judicia bonæ fidei* le dol, et en général, tous les faits d'où résulte une défense d'équité, entraînent *ipso jure* la libération du défendeur. Un certain nombre d'interprètes ont cherché l'explication de cette règle dans le texte même de l'*intentio* des actions de bonne foi. En effet, a-t-on dit, l'*intentio* de ces actions invite le juge à trancher la question suivante : *quidquid dare facere paret oportere, ex fide bona*. Dès lors, c'est la *fides bona*, l'équité elle-même, qui doit dicter au juge sa réponse. Si la prétention du demandeur est entachée de dol, l'équité commande au juge de rejeter l'*intentio* comme dépourvue de fondement. Le juge répond : *Ex fide bona, dare facere non oportet.*

Ainsi, les défenses d'équité qui en principe n'ont d'autre effet que de paralyser la demande *exceptionis ope*, produiraient dans les *judicia b. f.* un effet plus direct et plus radical. Elles seraient la négation proprement dite du droit allégué ; elles anéantiraient le *dare facere oportere* [1]. On invoque dans ce sens des fragments du Digeste, tels que la loi 3 § 3, *pro socio* qui s'exprime en ces termes absolus :

> Societas si dolo malo coita sit, *ipso jure nullius momenti est*, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.

[1] En ce sens : Keller, § 35. — Bethmann-Hollweg. Der Civilproc. des gem. Rechts. t. II, page 399.

De même, la loi 7 pp. de dolo malo :

> Hoc enim sic accepimus *nullam esse venditionem* si (venditor) in hoc ipso ut venderet circumscriptus est.

Si cette doctrine est fondée, si l'interprétation qu'elle donne des deux textes précédents est exacte, il faut immédiatement en tirer cette conséquence que le dol dans les *negotia bonæ fidei* entraîne de plein droit la nullité absolue du contrat et par suite des obligations et actions issues de ce contrat. En d'autres termes, la bonne foi dans cette doctrine devient un des éléments essentiels de validité des contrats de bonne foi ; la mauvaise foi au contraire met *ipso jure* obstacle à la formation du *negotium b. f.* Le dol dans les *judicia b. f.* devient donc la source d'une véritable défense au fond, et l'exception *doli mali* ne se conçoit plus dans ces *judicia*[1].

Un tel point de vue ést insoutenable ; il ne faut pas hésiter à le repousser. La doctrine que nous venons d'exposer trouve sa condamnation dans des textes nombreux relatifs à l'effet du dol dans les contrats ou *judicia b. f.* Ces textes établissent en termes formels l'exactude des deux propositions suivantes :

1. L'obligation issue d'un *negotium b. f.* est valable *ipso jure*, bien que le contrat générateur de cette obligation soit entaché de dol. L'action née de ce *negotium b. f.* subsiste, elle aussi, *ipso jure*, malgré l'opposition d'une défense d'équité.

2. Les défenses d'équité opposées par le *reus* à l'action de bonne foi opèrent *exceptionis ope* ; le défendeur qui

[1] Ainsi, Keller, § 35, note 387, n'admet pas qu'on puisse rencontrer une *exc. doli mali* dans la formule d'une action de bonne foi.

oppose des actes de dol au demandeur à l'action de bonne foi, oppose de véritables exceptions.

Si nous parvenons à justifier dans les textes ces deux propositions, nous aurons prouvé que les défenses d'équité, dans les *judicia b. f.* n'entraînent en aucune manière la négation directe de l'*intentio*, c'est-à-dire du *dare facere oportere*.

1re proposition. Le dol n'est pas de plein droit une cause de nullité dans les negotia bonæ fidei.

Les textes que nous allons citer, vont nous apprendre que l'obligation et l'action de bonne foi subsistent *ipso jure*, malgré le dol [1] imputable au demandeur. Peu importe d'ailleurs l'époque à laquelle ce dol s'est produit. Tantôt il est contemporain de la formation même du contrat, tantôt il a été commis dans l'intervalle de temps compris entre le contrat et l'action ; quelquefois il résulte de la demande elle-même. Le principe est le même dans tous les cas : le dol laisse subsister *ipso jure* l'obligation et l'action de bonne foi.

A. loi 5, § 1, de act empti, XIX, 1. Sed si falso existismans se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse. Quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest. Quemadmodum si falso existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptio summoveret. Pomponius etiam

[1] Par dol nous entendons ici tous les faits qui sont de nature à engendrer l'exception générale *doli mali. Qui æquitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est,* dit Papinien, (loi 12, de d. m. et met. exc. XLIV, 4.)

incerti condicere eum posse ait, ut liberetur[1].

Un vendeur, se croyant à tort obligé à vendre, a vendu pour remplir ce qu'il s'imaginait être une obligation. Ainsi, je me crois tenu en vertu d'un legs *per damnationem*, de vendre à Titius un objet déterminé[2]: je conclus la vente. Bien que j'aie agi sous l'empire d'une erreur, cette vente n'en est pas moins valable, elle donne naissance à une obligation et à une action fondées *ipso jure*. En effet, le contrat réunit toutes les conditions de validité requises par le droit civil; l'erreur d'un contractant à Rome n'est pas destructive de son consentement. Pour être prudent, j'aurais dû insérer dans ma convention avec Titius, une condition subordonnant la formation du contrat à la réalité de mon obligation *ex testamento ;* je ne l'ai pas fait, la vente est valable. Comment savons-nous que la vente est valable? Le texte ne le dit point; tout au contraire, la loi 5 nous apprend que *ex emto agi non potest*. Oui, mais le jurisconsulte prend soin de compléter et de rectifier sa pensée, en nous faisant remarquer que le vendeur aura dans notre espèce le secours de l'*exc. doli mali*[3]. Preuve

[1] Sur ce texte: Cujas, ad tit. 1, XIX, Cuj. operum tom. septimus, page 742. (éd. Neapoli, 1722.) — Birkmeyer, op. cit. § 23.

[2] Sur le legs : *heres meus damnus esto vendere*, loi 49, § 8 et 9 de leg. I.

[3] Birkmeyer, (loc. cit.) estime que l'exception de dol n'est accordée que dans le cas où l'acheteur a été de mauvaise foi, c'est-à-dire a connu l'erreur du vendeur. Cette manière de voir est très contestable. M. Gérardin (cours de Pandectes 1886-87), considère notre vente, comme constituant de la part du vendeur un véritable paiement de l'indû. Le vendeur a conclu le contrat pour exécuter un legs qui n'existait pas en réalité : il a payé l'indû, il a donc droit à une resti-

manifeste que *ipso jure* le contrat est valable: preuve manifeste aussi que dans les *judicia b. f.* les défenses d'équité n'entraînent pas la négation directe et absolue de l'*intentio* à laquelle elles sont opposées.

Ainsi donc, bien que l'équité soit ici en jeu, la vente, l'obligation du vendeur, l'action *ex empto* ont pris naissance et sont valables *ipso jure*. Si la demande entachée de dol échoue, ce n'est pas qu'elle ne soit fondée en droit pur, c'est qu'elle vient se briser contre l'exception. Exception *quæ judicio inest*, dira-t-on: oui, mais il n'en est pas moins vrai que, *ipso jure*, l'action est fondée. Ce qui d'ailleurs nous montre jusqu'à l'évidence que la vente est valable, c'est la fin du texte. Le vendeur, selon Pomponius, pourra *condicere ut liberetur*. Ces derniers mots du fr. 5 § 1, qui s'appliquent aux deux hypothèses prévues par le jurisconsulte, (cela ressort de la construction générale du texte) établissent au profit du vendeur le droit d'agir en justice, pour obtenir sa libération. C'est donc qu'il y a une dette, une obligation *ex vendito* valable *ipso jure*. Est-il possible de démontrer plus nettement l'exactitude de notre proposition, à savoir que le dol n'entraîne pas de plein droit la nullité des *negotia b. f.* qui en sont entachés?

B. Même point de vue dans un autre texte, la loi 11 § 5, de act. emti XIX, 1, du jurisconsulte Ulpien.

> Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus erit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verumtamen

tution, sans qu'il y ait à distinguer entre la bonne ou la mauvaise foi de l'acheteur.

ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem ut pretio restituto mulier reddatur.

Le vendeur a commis un dol, dol qui peut être considéré ici comme *causam dans contractui*. A vrai dire, il n'y a pas eu dans notre hypothèse erreur sur les qualités substantielles de l'objet ; à la différence de l'erreur *in sexu* qui, elle, entraînerait la nullité de la vente (loi 11, § 1, de contrah. emt. XVIII, 1) l'erreur *in pudicitia*[1] porte simplement sur les qualités secondaires. L'acheteur, nous dit le texte, n'aura pas l'action des édiles qui ne se donne qu'au cas de découverte d'un *vitium animi seu corporis*. Mais, Ulpien accorde à cet acheteur trompé une action *ex emto* en résolution de la vente. Or, la nécessité d'une résolution implique évidemment la validité du contrat. Voilà donc une vente, c'est-à-dire un *negotium b. f.*, entachée de dol du côté du vendeur, et qui néanmoins donne naissance à des obligations *ex emto* et à une action *ex vendito* fondées en droit pur.

C. Enfin, il faut citer dans le même ordre d'idées la loi 84 § 5, de leg I.

> Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit : si cognito legato ex testamento egerit, et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc judicium bonæ fidei est, et continet in se doli mali exceptionem[2].

J'ignore qu'un esclave m'a été légué et je l'achète de

[1] Cujas, Cuj. operum tomus septimus, page 751. (éd. Neapoli, 1722), ad. tit. 1, XIX.

[2] Sur ce texte, voir Birkmeyer, op. cit. § 26.

l'héritier grevé du legs. Plus tard, ayant eu connaissance du legs, et alors que les obligations issues du contrat de vente n'ont pas encore reçu leur exécution, j'agis *ex testamento* contre l'héritier, et j'obtiens l'esclave. Si l'héritier vient ensuite à me poursuivre en paiement du prix de vente, je serai absous ; car, je trouverai une protection dans le *judicium* qui est de bonne foi, et qui renferme l'exception du dol. Ainsi, le texte me permet de tirer *ex æquitate* une défense à l'action *venditi*. Mais, comment l'équité me protège-t-elle ? est-ce *ipso jure* ? Non, le dol n'a pas pour effet d'anéantir de plein droit les obligations ni les actions, fussent-elles de bonne foi. Le jurisconsulte ne laisse point de doute possible à ce sujet, puisqu'il nous dit que le défendeur sera absous grâce à l'exception du dol ; si l'obligation de l'acheteur était nulle, il ne pourrait pas être question d'exception[1]. Ainsi, l'acheteur bien qu'il ait obtenu à titre de legs, *pro legato*, la délivrance de l'esclave, restera tenu *ex vendito* du paiement du prix : voilà l'*ipsum jus*. Mais l'équité commande que cette action *ex vendito* n'aboutisse pas à une condamnation ; le demandeur sera donc repoussé par l'exception de dol *quæ b. f. judicio continetur*.

La conclusion à tirer des trois textes que nous venons d'analyser n'est guère douteuse. Quoi qu'on en ait dit, ces textes démontrent positivement, que les effets du dol ne sont ni plus directs, ni plus énergiques dans les *negotia bonæ fidei* que dans les autres actes de la vie

[1] La solution à donner serait toute différente au cas où l'esclave vendu aurait fait l'objet d'un legs *per vindicationem* au profit de l'acheteur. Ici la vente serait nulle, inexistante, *ipso jure* : car, *emptio suæ rei esse non potest*. (Lois 16 et 15, § 2, de contrah. emt.)

juridique. Dans les uns comme dans les autres, les défenses d'équité n'opèrent que par voie d'exception. C'est au moyen de l'*exc. doli mali*, que le défendeur dans nos trois textes repoussera l'action *ex vendito*, la plus usitée des actions de bonne foi. Si l'exception est nécessaire pour faire triompher l'équité, c'est que *ipso jure* l'action de bonne foi est fondée malgré le dol de la demande ; c'est que l'*intentio* est *justa* ; c'est en un mot que le dol ne met obstacle, ni à la validité des *negotia b. f.*, ni à la naissance des obligations que ces *negotia* sont destinés à engendrer[1].

2me proposition. Les défenses d'équité opposées à l'action de bonne foi sont des exceptions au sens propre du mot.

Dans la doctrine que nous combattons, on soutient que les moyens d'équité opposés par le *reus* tendent à nier, à anéantir le *dare facere oportere* de l'*intentio* des actions de bonne foi. Si ce point de vue était exact, il deviendrait véritablement impossible d'expliquer un certain nombre de fragments des jurisconsultes où il est question d'une exception *doli mali* opposée à l'action *bonæ fidei*. Et en effet, l'exception n'aurait plus de raison d'être, ne se comprendrait plus, si il était vrai que le juge fût tenu *ipso jure* de rejeter, comme n'étant pas *justa*, l'*intentio* du demandeur.

Or, nous avons des textes assez nombreux qui supposent soit l'exception de dol, soit toute autre exception d'équité en conflit avec une action de bonne foi. Ces textes qualifient formellement d'exceptions les défenses

[1] On consultera dans le même sens :
Les lois 13, § 27, de act. emti. XIX, 1.
21, § 4, quod metus causa, IV, 2.

d'équité invoquées par le *reus* dans les *judicia b. f.* En voici quelques-uns[1] :

1. Ce sont d'abord les lois 59 § 1, de æd. edicto. XXI, 1 et 2 § 1, quar. rer. act. XLIV, 5 qui supposent toutes deux l'exception de dol opposée à l'action *venditi*.

2. La loi 14 § 3, comm. div. X, 3, *exceptio pacti* opposée à l'action *communi dividundo*.

3. La loi 16 § 1, pro socio XVII, 2, exception *pacti* et action *pro socio*.

4. Loi 61, pp. loc. cond. XIX, 2, qui suppose une exception de dol *ob impensas* opposée à l'action *locati*.

S'il faut en croire Keller[2], le texte de tous les fragments que nous venons de citer aurait été retouché et altéré par les Compilateurs du Digeste. Pour rétablir dans leur intégrité ces textes, et en général tous ceux qui parlent d'une exception d'équité opposée à une action de bonne foi, il conviendrait d'y ajouter ces mots : *quæ exceptio officio judicis continetur*. Partout où les commissaires de Justinien ont rencontré la règle *Exc. doli mali b. f. judiciis inest*, ils l'ont rayée du texte, comme n'ayant plus de sens sous la procédure extraordinaire. C'est ainsi, fait observer Keller, que la loi 49 § 1, sol. matr. a été mutilée par Tribonien qui a fait disparaître du texte primitif de Paul la mention de notre règle. Il suffit pour s'en convaincre de comparer cette loi avec le n° 94 des fr. Vaticana où le texte de Paul figure en son entier. L'observation de Keller peut être juste ; il n'en demeure pas moins certain que les textes écourtés par les Compilateurs qualifient expressément d'exceptions les moyens d'équité opposés à l'action de bonne

[1] La liste complète en est dressée par Birkmeyer, op. cit. § 28.

[2] Keller, § 35, note 387, — de même. Eisele, op. cit. page 112.

foi. Sans doute, ces exceptions se rapprochent des défenses tirées du fond en ce qu'elles n'ont pas besoin d'être insérées dans la formule; mais à tout autre égard les défenses d'équité dans les *judicia b. f.* constituent des exceptions et se comportent comme telles.

Ainsi s'explique le langage de textes qui d'une part nous disent que les défenses d'équité opèrent *ipso jure* dans les *judicia b. f.* et qui d'autre part établissent que ces mêmes défenses d'équité n'en empruntent pas moins à l'exception leurs caractères et leurs effets. Au premier abord ces textes paraissent renfermer une contradiction. Comment concevoir en effet que le même moyen de défense puisse à la fois agir *ipso jure* et consister dans une exception, la défense *ipso jure* et l'exception étant deux choses qui s'excluent réciproquement? En réalité, ces textes signifient simplement que la défense d'équité peut être prise en considération par le juge de l'action de bonne foi sans insertion spéciale dans la formule. A cet égard, elle ressemble aux moyens qui opèrent *ipso jure*; pour le surplus, cette défense d'équité constitue une exception au sens propre du mot[1].

Loi 34 § 1, de obl. et act. XLIV, 7, (Paul).

> Si is cui rem commodavero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione, et condictione. Sed altera actio alteram perimit, aut ipso jure, aut per exceptionem : quod est tutius[2].

[1] En ce sens: Accarias, tome II, page 1204, note 1. — Mainz, Cours de droit romain, tome II, § 287.

[2] Sur ce texte: Doneau. Comment. de jure civili. liv. XXI, c. 3, § 8 et 12, liv. XXIV, c. 2, § 6. — Savigny, Syst. V, § 236, note f. — Birkmeyer, op. cit. § 27.

Celui à qui une chose avait été remise en commodat, a fait de cette chose un usage frauduleux : par exemple, il l'a vendue. Il y a là une *contrectatio rei fraudulosa, invito domino ;* c'est dire que tous les éléments constitutifs du *furtum* se trouvent réunis. Aussi le texte donne-t-il contre le commodataire deux actions, l'action du contrat et la *condictio furtiva*, toutes deux tendant à réparer le préjudice éprouvé par le propriétaire. *Stricto jure*, ces deux actions sont indépendantes l'une de l'autre. Le créancier pourrait tour à tour exercer chacune d'elles et cumuler le bénéfice de deux condamnations. En effet, la deuxième action subsiste *ipso jure* alors même que le demandeur a obtenu par la première tout ce à quoi il a droit. Mais l'équité s'oppose à ce qu'un créancier obtienne deux fois la réparation d'un préjudice unique. *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*, nous dit Gaius dans la loi 57 de Reg. juris. L'équité viendra donc protéger le commodataire contre une seconde poursuite. *Altera actio alteram perimit ;* en intentant une action, le demandeur épuise l'autre, ou du moins il ne conserve la seconde que dans la mesure où elle pourrait être plus avantageuse que la première. Comment le défendeur va-t-il échapper à la seconde action ? Le texte distingue. Ou bien c'est la *condictio furtiva* qui a été intentée la première, et alors l'action *commodati* est éteinte *ipso jure*. Ou bien le demandeur a agi par l'action *commodati*, auquel cas la *condictio* sera repoussée *per exceptionem*[1]. Au surplus, ajoute le jurisconsulte, il est plus prudent de recourir dans les deux cas à l'exception : *quod est tutius*.

[1] Lois 28, de act. emti. XIX, 1.
71, pp. de furtis, XLVII, 2.

Arrêtons-nous un instant sur ces derniers mots du texte : *quod est tutius*. Evidemment, ils se rapportent au cas où le demandeur aurait commencé par intenter la *condictio furtiva*. En pareil cas, le débiteur se trouve libéré *ipso jure*, nous dit la loi 34 § 1 ; et puis, le jurisconsulte se reprend pour ajouter : le défendeur toutefois agira sagement en opposant l'exception à l'action *commodati*. Comment faut-il interpréter cette fin du texte? et pourquoi est-il plus sûr de faire insérer dans la formule de l'action de bonne foi une exception qui y semble superflue? Keller[1] soutient qu'à l'époque où Paul a écrit la loi 34 § 1, la jurisprudence romaine n'était pas encore fixée sur le caractère du moyen de défense invoqué par le reus contre la seconde poursuite *ex commodato*. On hésitait sur le point de savoir si cette défense est fondée sur l'équité ou sur un motif d'ordre public. Et alors, il était plus sûr de réclamer du préteur l'insertion de l'exception dans la formule, pour le cas où le juge se refuserait à voir dans cette exception un moyen d'équité implicitement contenu dans le *judicium b. f.* Cette explication est difficile à admettre. Longtemps avant Paul, Gaius avait posé la règle : *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*, et l'avait rattachée à l'équité. L'hypothèse prévue par la loi 34 § 1, se trouve déjà rapportée par Javolenus dans la loi 71, pp. de furtis XLVII, 2, qui contient une solution identique à celle de Paul. A l'époque de Paul, la jurisprudence devait donc être fixée depuis longtemps sur le caractère équitable de la règle *ne bis idem exigatur*, et il est peu probable dès lors que

[1] Keller, § 35, note 382. — Doneau. Comment. de jure civili. XXIV, c. 2, § 8, donne déjà la même explication du *quod est tutius*.

les mots *quod est tutius* aient le sens que leur a prêté Keller.

Le conseil donné par Paul au commodataire a selon nous une portée plus générale et s'adresse indistinctement à tous ceux qui jouent le rôle de défendeurs à l'action de bonne foi. Dans les *judicia b. f.* l'exception de dol en principe n'a pas besoin d'être insérée dans la formule ; cela n'est pas douteux, et Paul le constate lui-même lorsqu'il nous dit que l'exercice de la *condictio furtiva* libère *ipso jure* le débiteur d'une nouvelle poursuite *ex commodato*. Cependant, ajoute Paul, c'est faire acte de prudence que de ne pas s'en tenir à la règle : *Exc. doli b. f. judicio inest*. Il est toujours préférable même dans les *judicia b. f.* de faire insérer dans la formule son moyen de défense, sous forme d'une exception, qui évidemment sera une exception *in factum*. Alors même que le caractère équitable de ce moyen de défense ne serait pas contesté, il vaut mieux pour le *reus* énoncer et préciser les faits sur lesquels il désire attirer l'attention du juge. Sans doute, l'exception de dol sous entendue dans la formule embrasse en elle-même tous les faits contraires à l'équité ; mais, elle n'indique pas ces faits, elle laisse le juge dans une certaine incertitude, et elle peut donner lieu à des malentendus. Voilà pourquoi il sera préférable de recourir à l'insertion d'une exception *in factum ;* dans notre hypothèse, l'exception sera conçue en ces termes : Si le demandeur n'a pas été déjà satisfait entièrement par la *condictio furtiva*. Grâce à cette précaution, le défendeur renfermera le juge dans la vérification d'un fait déterminé. Simplifier la tâche du juge, c'est s'éviter de la part de ce dernier bien des erreurs ou des malentendus.

Quoi qu'il en soit, la loi 34, § 1, nous fournit une indication fort importante. Il résulte de ce texte que les défenses d'équité, bien qu'elles puissent être opposées *ipso jure* à l'action de bonne foi, n'en constituent pas moins des exceptions. Le défendeur, selon Paul, peut se protéger indifféremment *per exceptionem* ou *ipso jure*. Ce langage semble bien extraordinaire à première vue : il n'y a qu'une manière de l'expliquer. Le jurisconsulte s'est placé ici uniquement au point de vue de la forme, c'est-à-dire de l'insertion de l'exception dans la formule. Or, cette insertion est facultative. Si le défendeur y recourt, on dit qu'il est protégé *per exceptionem* ; sinon, par un abus de mots, on dira qu'il est protégé *ipso jure*. Dire que le défendeur se défend *ipso jure*, cela signifie donc ici : le défendeur a une exception qui n'a pas besoin d'être insérée dans la formule.

Ainsi s'expliquent les fragments des juriconsultes que nous avons précédemment cités et qui nous apprennent que les défenses d'équité opposées à l'action de bonne foi opèrent *ipso jure*. Ces textes ne signifient pas, comme on l'a prétendu, que l'action de bonne foi soit anéantie de plein droit par les défenses tirées de la mauvaise foi du demandeur. Ils ne signifient pas non plus, comme l'affirme Birkmeyer [1], que les exceptions d'équité dans les *judicia b. f.* tirent leur existence de l'*ipsum jus* lui-même, du droit civil. L'expression *ipso jure* est prise ici dans une acception détournée et signifie simplement : sans qu'il soit nécessaire d'insérer l'exception dans la formule [2].

[1] Birkmeyer, op. cit. pages 105 et suiv.

[2] Accarias, tome II, page 220, note 1, page 1204, note 1. — Lenel. op. cit. pages 86 et suiv.

Résumons en quelques mots les décisions que nous avons trouvées éparses dans les textes.

1. En premier lieu, nous avons montré que les moyens de défense basés sur l'équité n'ont pas pour effet de nier ni d'anéantir le *dare facere oportere* de l'*intentio bonæ fidei.*

2. D'autre part, ces moyens d'équité, bien que qualifiés par quelques textes de moyens *ipso jure*, constituent même dans les *judicia b. f.* des exceptions véritables.

3. Ces exceptions enfin n'ont pas besoin d'être insérées dans la formule de l'action de bonne foi. Elles y sont réputées sous-entendues, et c'est en ce sens que les juriconsultes romains les comparent aux défenses tirées du fond.

S'il était nécessaire de fournir une preuve de plus de l'exactitude des propositions que nous venons de formuler, nous chercherions cette preuve dans la théorie des pactes adjoints aux contrats de bonne foi. Les pactes adjoints sont de deux sortes. Les uns ont été ajoutés *in continenti* au *negotium b. f.* Il est dit de ces pactes qu'ils se confondent avec le contrat auquel ils se rattachent : *continentur contractu.* Le pacte *in continenti*, nous dit Ulpien, quand il s'ajoute à un contrat de bonne foi, *format contractum, format ipsam actionem, petitionem parit, legem dat contractui.* En d'autres termes, le juge verra dans un tel pacte une véritable clause du contrat, clause qui sera sanctionnée par une action et aussi par une défense au fond. Cela n'est pas douteux. A ces pactes, on en oppose d'autres, conclus *ex intervallo*, et ici les textes tiennent un tout autre langage. Le pacte *ex intervallo non inest contractui, ex parte rei locum habebit, exceptionem parit, vires habebit jure ex-*

ceptionis [1]. Ainsi, le pacte joint *ex intervallo* à un *negotium b. f.* produira ses effets par voie d'exception, il engendrera une exception [2]. Quelle est la nature de cette exception ? C'est assurément une défense d'équité, une de ces défenses dont les textes nous disent qu'elles peuvent être invoquées *ipso jure* par le défendeur dans un *judicium b. f.* Et, en effet, la loi 3, de rescind. vend. XVIII, 5, vient nous dire : *Bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt.*

Ne voit-on pas maintenant l'argument irrésistible qui se dégage en faveur de notre doctrine des textes relatifs aux pactes ajoutés *ex intervallo*. Si le système que nous combattons était fondé, la défense tirée de ces pactes, étant une défense d'équité, entraînerait de plein droit l'extinction de l'obligation et de l'action *bonæ fidei* ; cette défense constituerait la négation de l'*intentio*, elle contredirait directement le *dare facere oportere* allégué par le demandeur ; en un mot, elle opèrerait à tous égards les effets d'un moyen *ipso jure*. Or, la loi 7 de pactis exprime formellement le contraire. D'après ce texte, et d'après plusieurs autres fragments du même titre, la défense tirée du pacte *ex intervallo*, bien qu'elle soit fondée sur l'équité, opère *per exceptionem*, *exceptionem parit*, *vires habebit jure exceptionis*. Sans doute, l'*exc. pacti* est réputée contenue dans le *judicium b. f.*, et à cet égard il est vrai de dire que le défendeur *satis ipso jure munitus est*. Le défendeur peut donc se dispenser d'insérer dans la formule le moyen

[1] Lois 13, Code. de pactis, II, 3.
7, § 4 et 5, Dig. de pactis, II, 14.
72, pp. de cont. emt. XVIII, 1.

[2] Accarias, tome II, page 549, note 2. — Birkmeyer, op. cit. § 28.

qu'il tire du pacte *ex intervallo*, mais cela ne veut pas dire que ce moyen cesse d'être une exception. La défense fondée sur un pacte *ex intervallo*, bien qu'elle soit une défense d'équité, *non inest contractui*, elle n'atteint pas le contrat ; elle laisse subsister *ipso jure* l'action et l'obligation issues du *negotium bonæ fidei*: *vires habebit jure exceptionis*. Cette défense est donc une véritable exception[1].

SECTION DEUXIÈME. — *Histoire de la Règle : Exceptio doli mali inest bonæ fidei judiciis.*

Nous venons de démontrer que les défenses d'équité opposées à l'action de bonne foi sont des exceptions véritables, et nous avons ajouté que ces exceptions se trouvent implicitement contenues dans le *judicium b. f.* D'un autre côté nous avons constaté que les actions de bonne foi sont des actions civiles organisées et réglementées par le *jus civile* lui-même. Dès lors il semble logique d'admettre avec Birkmeyer que la règle *exc. doli mali inest b. f. judiciis* soit elle-même une règle d'origine civile. En d'autres termes, les exceptions d'équité comprises dans le *judicium* de bonne foi seraient l'œuvre du droit civil ; elles viendraient donc protéger le défendeur par la seule vertu du *jus civile* ; elles ne relèveraient pas de l'*auxilium prætoris* et voilà pourquoi elles échapperaient à la nécessité d'une délivrance consentie par le préteur et d'une insertion spéciale dans la

[1] Voilà pourquoi elle pourra, à la différence des moyens tirés du fond, être paralysée par l'effet d'un pacte ultérieur, loi 27, § 2, de pactis, II, 14.

formule. Telle est en effet la conclusion de nos adversaires.

Historiquement, voici comment ils expliquent les choses. Les *judicia bonæ fidei,* disent-ils, ont été organisés par le droit civil, à l'époque où le caractère de contrats de bonne foi fut reconnu à certains *negotia juris*, et cela bien avant que l'exception de dol, innovation prétorienne, eût fait son apparition. A cette époque reculée, le défendeur à l'action de bonne foi se trouvait déjà, *æquitate ipsius judicii*, sans le secours du préteur, protégé contre la mauvaise foi de son adversaire. Le juge en effet, dans ces *judicia*, devait s'inspirer de l'équité, de la *bona fides*, pour apprécier la demande qui figure dans l'*intentio*. Lorsque plus tard le préteur créa des exceptions tendant à faire prévaloir l'équité sur la rigueur de l'*ipsum jus*, ces exceptions ne s'appliquèrent pas aux *judicia b. f.* ; elles y eussent été superflues puisque le défendeur trouvait dans le caractère de bonne foi de l'action et en vertu du droit civil, c'est-à-dire *ipso jure*, le secours des défenses d'équité.

Telle est l'explication historique qui a été donnée de notre règle; et l'on remarquera de suite que cette explication s'accorde parfaitement avec une certaine théorie déjà indiquée, d'après laquelle les défenses d'équité dans les *judicia b. f.* opèrent *ipso jure* et entraînent de plein droit la dénégation de l'*intentio* du demandeur. Malheureusement, cette théorie n'est pas admissible, nous avons dû la repousser. Les défenses d'équité contenues dans le *judicium b. f.* opèrent *per exceptionem*, et le *reus* qui invoque de telles défenses, oppose bien réellement des exceptions. Que devient dès lors l'explication historique que nous venons de rapporter? et

comment comprendre que les défenses d'équité demeurent dans les *judicia b. f.* des exceptions véritables, s'il est vrai que ces défenses prennent leur origine dans le droit civil et remontent à une époque où l'exception n'avait pas encore été imaginée par le préteur?

Nous n'hésitons pas pour notre part à chercher ailleurs les origines de la règle *Exc. doli mali b. f. judiciis inest*. Le § 94 des Fr. Vat. nous fournit à cet égard une indication fort utile. Ce fr. 94 reproduit en effet notre règle dans les termes suivants : *Exc. doli mali officio judicis continetur*. Si l'exception de dol est sous-entendue dans les *judicia b. f.*, c'est qu'elle se trouve naturellement contenue dans l'*officium judicis*[1]. Que veut dire ce fr. 94, et comment s'explique-t-on que le juge ait été amené *ex officio suc* à tenir compte d'exceptions non insérées dans la formule?

Justinien dans ses Institutes nous donne la définition suivante de l'*officium judicis:*

> Superest ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex ne aliter judicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. (pr. de off. jud. IV, 17.)

L'office du juge, dit l'empereur, consiste à observer fidèlement les lois, les constitutions et la coutume[2]. C'est donc dans les lois et dans les diverses sources du droit que le juge trouve sa mission tracée. En d'autres

[1] De même la loi 2 au Code, de act. emti et vend. IV, 49 nous dit : In bonæ fidei contractu in quo majores etiam XXV annis *officio judicis* in his quæ dolo commissa sunt, adjuvantur.

[2] Justinien ne parle plus de l'obéissance du juge à la formule, et cela se comprend aisément sous la procédure extraordinaire.

termes, le juge ne crée pas le droit, il ne peut pas *jus facere*; il se borne à appliquer les lois telles qu'elles existent. Ainsi, le juge n'a pas comme le magistrat le pouvoir d'amender la loi, de la corriger et de la perfectionner; les innovations et les réformes dans le droit lui sont interdites. Si le juge se permettait de changer la loi, il outrepasserait ses pouvoirs, il manquerait à son *officium*, et la sanction de cette violation n'est pas douteuse, ce serait la nullité de la sentence[1]. *Factum a judice quod ad officium ejus non pertinet, ratum non est.* (loi 170 de Reg. Jur. L. 17.)

En est-il de même dans les *judicia b. f.?* l'observation des lois s'y impose-t-elle au juge avec la même rigueur? ne faut-il pas admettre plutôt que le juge de l'action de bonne foi est investi de pouvoirs larges, d'une indépendance presque complète? Il semble bien que oui, puisque le juge a pour mission ici de statuer *ex æquo et bono*; il semble que le juge puisse mettre de côté les lois et se soustraire aux règles du droit pour faire prévaloir l'équité. Cependant, il ne faut pas hésiter à répondre qu'en principe, le juge même dans les *judicia b. f.* trouve dans l'observation des lois la limite de son *officium*. Le juge notamment est lié par les termes mêmes de la formule de l'action de bonne foi.

Seulement cette formule, si on l'analyse de près, renferme des termes de deux sortes. Les uns sont des mots techniques, ayant un sens strict, une valeur consacrée; ces mots ne comportent pas d'appréciation arbitraire de la part du juge. Ainsi nous trouvons dans l'*intentio*

[1] Accarias. tome II, n° 775. — Lenel. op. cit. page 75.

les mots *dare facere oportere*. Le mot *oportere* est un mot absolu, et la loi 37 de verb. sign. nous le dit expressément: *Verbum oportere non ad facultatem judicis pertinet, qui potest pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur*[1]. D'autre part, nous trouvons dans l'*intentio* de bonne foi des mots ayant un sens large: ce sont les mots *ex fide bonâ*. Le *ex fide bonâ* laisse au juge un certain pouvoir d'appréciation, une certaine liberté *ex æquo et bono estimandi*[2]; les mots *ex fide bonâ* mettent en mouvement l'*arbitrium* du juge.

Est-ce à dire que le juge soit autorisé par les mots *ex fide bona* à déterminer de lui-même la sphère d'application de l'équité? pourrait-il spontanément et de sa propre autorité étendre le domaine du droit équitable? Assurément non. De ce que le juge doit statuer *ex æquo et bono*, il ne résulte pas qu'il puisse déterminer lui-même ce qui est *æquum* ou ce qui ne l'est pas. Le juge n'est pas l'organe de l'équité. C'est au préteur, c'est à la jurisprudence qu'il appartient de fixer les règles du droit équitable; le juge ensuite appliquera ces règles telles qu'elles auront été fixées. Ainsi, il arrive parfois qu'on hésite sur la nature d'une exception. Cette exception est-elle ou non une défense d'équité? peut-elle être prise en considération dans les *judicia b. f.* sans insertion spéciale? les jurisconsultes controversent sur ce point. Le juge de l'action de bonne foi pourrait-il en pareil cas prendre sur lui d'admettre l'exception alors qu'elle ne figurerait pas dans la formule? Nous ne le croyons pas. Bien que l'*officium judicis* consiste à sta-

[1] Accarias. tome II, nº 871. — Lenel. op. cit. page 76.
[2] Inst. de Justinien. § 30 de act. IV, 6.

tuer *ex bona fide*, le juge ne peut pas admettre l'exception comme sous-entendue dans la formule, tant que la jurisprudence n'a pas expressément reconnu à cette exception le caractère de défense d'équité. — Autre exemple, indiqué par les textes: Un acheteur, dans l'intervalle compris entre la vente et son exécution est devenu du chef d'un tiers propriétaire de la *res empta*. L'équité exige-t-elle que cet acheteur soit libéré de son obligation de payer le prix? Il paraît qu'on avait hésité à Rome sur ce point, ainsi que cela résulte de la comparaison des lois 29 pp. de evictionibus XXI, 2 et 84 § 5 de leg I. Le jurisconsulte Nerva, dans notre hypothèse, était d'avis que l'acheteur continue à devoir son prix, *quasi habere rem liceret*. Plus tard, Pomponius et Julien écartèrent la solution de Nerva, qu'ils déclarent contraire à la *bona fides*, et reconnurent au profit de l'acheteur l'existence d'une défense d'équité. Croit-on que le juge, dans la période d'incertitude comprise entre Nerva et Julien, ait eu le droit de prendre en considération l'*exc. doli mali* opposée par l'acheteur à l'action *ex vendito?* Bien certainement non. Il n'appartenait pas au juge de trancher la controverse qui divisait les jurisconsultes, et d'admettre *æquitatis causa* une exception sur l'existence de laquelle la jurisprudence n'était pas encore fixée. En résumé, le juge n'a pas qualité pour créer de son propre mouvement des règles nouvelles d'équité. Assurément, il résulte des mots *ex fide bona* que le juge de l'action de bonne foi y exerce un pouvoir d'appréciation plus large; mais ce sont les lois, la jurisprudence et la formule qui fixent toujours les limites de ce pouvoir d'appréciation, limites que le juge ne peut pas dépasser.

Revenons maintenant à notre règle : *Exc. doli mali inest b. f. judiciis.* Voici quelles sont nos conjectures sur l'origine de cette règle.

La théorie des *negotia bonæ fidei* n'est pas une de ces théories qui naissent en un jour, formées de toutes pièces, et recevant d'un seul coup leur parfait développement. De même que le caractère de contrats de bonne foi n'a été reconnu que peu à peu aux divers *negotia b. f.*[1], de même aussi les principes d'équité, applicables à ces *negotia* ne se sont formés qu'un à un et d'une façon pour ainsi dire insensible. Les mots *ex fide bona* n'ont pas été à toute époque entendus avec le sens large que leur donnent les textes du droit classique. C'est ainsi que le jurisconsulte Labéon, à une époque déjà avancée de l'histoire du droit romain, n'hésite pas à nous dire dans un fragment connu, la loi 7 § 3 de dol. mal. IV, 3 : Le vendeur qui, entre la vente et la tradition, a sciemment donné du poison à l'esclave qu'il avait vendu, ne pourra pas être poursuivi par l'action *ex emto* ; il tombera seulement sous le coup de l'action de dol. Dans la pensée de Labéon, ce vendeur avait donc suffisamment exécuté son obligation en livrant l'esclave empoisonné. Labéon, malgré le caractère de bonne foi de la vente, se contentait encore d'une stricte interprétation des promesses échangées contre les contractants ; or, le vendeur a simplement promis de livrer, la tradition le libère entièrement de son obligation *ex vendito*[2]. La notion de la *bona fides* ne s'est donc développée à Rome que bien lentement ; et, ce n'est que

[1] Accarias. tome II, page 1130, note 1.

[2] Lenel. op,cit. page 80.—Plus tard,Ulpien rejettera la solution rigoureuse donnée par Labéon.

peu à peu que le droit des *negotia bona fidei* a reçu des jurisconsultes les tempéraments d'équité que nous signalent les textes de l'époque classique.

Aussi, croyons-nous qu'au début le défendeur à l'action de bonne foi ne dut trouver dans l'*æquitas ipsius judicii* qu'une protection très imparfaite et très insuffisante contre le dol de son adversaire. La plupart des défenses d'équité, selon toute vraisemblance, étaient étrangères aux *judicia b. f.* primitifs. Les Romains étaient à peine débarrassés des préjugés du formalisme; il est peu croyable que le système ancien des défenses formalistes ait été, tout d'un coup et sans transition, remplacé dans les *judicia b. f.* par un système nouveau basé uniquement sur l'équité. Lorsque les premières exceptions furent créées par le préteur, ces exceptions, bien qu'on en ait dit, durent s'appliquer très efficacement aux actions de bonne foi; elles vinrent dans un grand nombre de cas suppléer à l'insuffisance des mots *ex fide bona*, qui à cette époque étaient interprétés d'une façon étroite et ne protégeaient que fort imparfaitement le défendeur. Les exceptions d'équité furent ainsi insérées à l'origine, dans la formule des actions *bonæ fidei*. A cette époque donc, tous les défendeurs indistinctement, que l'action fût de bonne foi ou de droit strict, étaient nécessairement tenus de réclamer du préteur la délivrance d'une *exç. doli mali*, *pacti*, etc... Cette exception était insérée dans la formule, et le juge recevait par suite de cette insertion le pouvoir de tenir compte de l'exception, qui, remarquons-le, reposait exclusivement sur l'*auxilium prætoris*. La plus usitée de toutes ces exceptions fut incontestablement l'exception de dol; les défendeurs durent re-

courir à l'*exc. doli mali* d'autant plus fréquemment que l'on avait reconnu à cette exception un caractère de généralité qui la faisait préférer à toutes les autres. Il est même possible que l'exception de dol soit devenue une clause de style dans les formules d'actions de bonne foi.

Si maintenant l'on suppose que le défendeur par oubli, par erreur ou pour tout autre motif, se fût abstenu de faire insérer l'*exc. doli mali* dans la formule de l'action de bonne foi, on comprend que le juge dut se trouver dans un grand embarras. S'il refusait de tenir compte de l'exception omise, il était obligé de rendre une sentence manifestement contraire à l'équité, à la *bona fides* qui domine les *negotia b. f.* D'un autre côté, en admettant l'exception, malgré le silence de la formule, ne commettait-il pas un excès de pouvoirs? En pareil cas, les défendeurs ne manquèrent pas de représenter au juge qu'il était autorisé par la *formula pura* à rejeter une demande entachée de dol. Voici comment raisonnaient ces défendeurs. Ils s'appuyaient sur les mots *ex fide bona*, et soutenaient que le juge, statuant *ex æquo et bono*, doit regarder comme sous entendue dans la formule une exception devenue de style[1]. Le juge, disaient-ils, n'outrepasse pas son *officium*, en admettant l'exception; il n'innove pas; il ne fait qu'entrer dans les vues du préteur, à qui il eût suffi d'ailleurs de s'adresser, pour obtenir une restitution contre l'omission de l'exception de dol.

Les juges durent céder parfois à l'argumentation des défendeurs, et telles furent probablement les origines

[1] Loi 31 § 20. de æd. edicto. XXI. 1. *Ea enim quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire.*

d'une pratique d'où allait sortir la règle : *Exceptio doli mali inest bonæ fidei judiciis*[1]. Cette pratique des juges reçut l'approbation de la jurisprudence. La jurisprudence en effet tendait à élargir de plus en plus les pouvoirs équitables du *judex* dans les actions de bonne foi. N'était-ce pas elle qui autorisait également le juge à tenir compte *ex bona fide* d'un simple intérêt d'affection[2] ? La jurisprudence estima donc que le *judex* avait le pouvoir de sous-entendre dans les mots *ex bona fide* l'*exc. doli mali*, qui, on l'a vu, était devenue d'un usage courant[3], et elle déclara que le *judex*, en sous-entendant cette exception, n'avait pas dépassé les limites de son *officium. Exceptio doli mali officio judicis continetur*.

Bien d'autres règles ont suivi à Rome, une marche analogue à celle que nous venons de décrire. Il en est ainsi notamment de la règle : *Usuræ in bonæ fidei judiciis officio judicis continentur*, règle identique à celle que nous étudions. Toutes deux sont nées de la pratique des juges, pratique approuvée et confirmée par la jurisprudence.

Les jurisconsultes s'attachèrent d'ailleurs à établir très nettement la signification de la règle : *Exc. doli mali b. f. judiciis inest*. Et de même que les textes nous

[1] Lenel. op. cit. pages 80 et suiv.

[2] Loi 54 pp. mand. XVII. 1. Placuit enim *prudentioribus* affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam.

[3] De même les jurisconsultes romains ont fini par admettre, après controverses, que l'exception *doli mali propter impensas* étant d'un usage constant dans la *petitio hereditatis* y serait dorénavant sous-entendue de plein droit au profit du possesseur, défendeur à l'action. Et cependant la *petitio hereditatis* n'est pas une action de bonne foi. Paul. loi 38. de her. pet. V. 3 : Et id ipsum *officio judicis* continebitur, nam nec exceptio doli mali desideratur.

disent : *Usuræ cum hæ non sint in obligatione, sed officio judicis præstentur*, de même aussi des textes précédemment analysés nous ont appris que le dol dans les *judicia b. f.* continue à opérer *per exceptionem.* Le dol n'atteint donc pas dans sa validité l'obligation de bonne foi, il la laisse intacte. Seulement, ce dol peut être pris en considération *ex officio judicis* sans insertion de l'exception, dans la formule des actions de bonne foi. Dorénavant, l'insertion de l'exception *doli mali* dans la formule de ces actions n'est plus nécessaire, elle n'est que facultative, et d'ailleurs elle est toujours plus sûre ; qu'on se rappelle le *quod tutius est* de la loi 34 § 1, de Obl. et Act.

Telle fut l'origine, et telle est la signification de la règle : *Exceptio doli mali inest bonæ fidei judiciis.* On voit que cette règle ne tient pas en échec notre théorie sur l'origine prétorienne des exceptions. Il reste vrai que l'*exc. doli mali* sous entendue dans les mots *ex bona fide* tire son origine première du droit prétorien. A l'époque où notre règle n'avait pas encore été admise, cette exception a dû pendant longtemps être demandée au préteur et insérée dans la formule des actions de bonne foi. Plus tard, elle est devenue de la nature des *judicia b. f.*, elle y a été réputée comprise comme un accessoire obligé. A partir de ce moment, le défendeur a pu se dispenser de la demander au préteur ; elle n'en est pas moins demeurée, dans son principe et dans son fondement, une institution prétorienne.

CHAPITRE V

TRANSFORMATION DES PRÆSCRIPTIONES PRO REO EN EXCEPTIONS

Un fait important dans l'histoire des exceptions est la transformation des anciennes *præscriptiones pro reo* en exceptions proprement dites. Cette transformation s'opère dans le droit classique à une époque où la théorie des exceptions achevait de se développer et recevait ses derniers perfectionnements. Comment se produisit la conversion des *præscriptiones* en exceptions, et quels en furent les effets? Voilà ce que nous avons à nous demander.

I. Les *præscriptiones*, nous l'avons démontré précédemment, sont d'origine plus ancienne que les exceptions[1]. Suivant nos conjectures, elles ont été introduites par le préteur dès les premiers temps de la procédure formulaire, alors qu'il n'était pas encore question d'exceptions. Quelle était la nature de ces *præscriptiones ?* Il est permis de croire que toutes indistinctement sou-

[1] En ce sens : Keller. § 43, page 193.

mettaient au *judex* la question suivante : La demande portée en justice n'est-elle pas intentée irrégulièrement, en violation des principes de la procédure? Question préjudicielle qu'il importait évidemment de trancher avant de s'engager dans le fond du procès, et qui jadis sous les *legis actiones* avait fait l'objet d'une *cognitio* préalable de la part du magistrat. En somme, le défendeur qui recourait à la *præscriptio*, opposait une fin de non recevoir. Ce défendeur ne contestait pas l'exactitude de la prétention de son adversaire, il cherchait seulement à arrêter le cours d'une instance, qui, disait-il, avait été formée en dehors des lois de la procédure. Peu importe que les demandes portées en justice soient justes ou non ; avant tout, il est nécessaire de s'assurer qu'elles sont intentées dans les formes et sous les conditions déterminées par les lois.

Dès lors, et sans que nous prétendions d'ailleurs en dresser une liste complète, voici quelles durent être les principales *præscriptiones pro reo*. Ce furent tout d'abord les *præjudicia*, fondés sur ce principe de raison que la solution d'une question *de re majori* ne doit pas être préjugée par la solution donnée à une question de moindre importance. De même, croyons-nous, les défenses tirées de la *res in judicium deducta*, de la *res judicata*, de la transaction, ont appartenu anciennement au groupe des *præscriptiones*[1]. Cela est d'autant plus probable que ces défenses tendent à entraver le cours d'un procès qui a déjà été épuisé précédemment ; la question soulevée par de telles défenses est donc mani-

[1] En ce sens : Accarias, tome II, page 1267 note 3. — Knappe. op. cit. § 19. — Karlowa. op. cit. § 46 page 347.

festement une question préjudicielle ; aussi avons-nous admis qu'elle avait donné lieu dans la procédure des *legis actiones* à une *cognitio prætoris* d'où dépendait la *datio* ou la *denegatio legis actionis*. Citons encore comme exemples de *præscriptiones*, la *præscr. fori* fondée sur l'incompétence du magistrat[1], la *præscr. temporis*, opposable à une action qui serait intentée après l'expiration des délais fixés par les lois, et peut-être aussi, une *præscriptio* basée sur l'incapacité ou sur le défaut de mandat du *procurator ad litem*. Toutes ces *præscriptiones pro reo* tendaient, comme on voit, à repousser comme irrecevable en justice une action dans l'exercice de laquelle le demandeur a commis quelque faute de procédure.

Lorsque le préteur eut imaginé de protéger les défendeurs au moyen des exceptions, les deux défenses, la *præscriptio* et l'exception, vécurent pendant un certain temps côte à côte, et sans se confondre. Il existait à vrai dire entre elles deux un certain nombre de ressemblances que nous avons déjà relevées. Mais nous avons constaté aussi qu'elles se séparaient l'une de l'autre par une différence capitale : tandis que l'exception aboutit toujours à l'absolution complète et définitive du *reus*, la *præscriptio* dans l'immense majorité des cas n'assure le triomphe de ce dernier que d'une manière provisoire et temporaire. Reconnue juste, elle n'a d'autre objet et d'autre effet que d'obliger le juge à se dessaisir, et le demandeur à recommencer son action. L'action repoussée par la *præscriptio* est déclarée présentement irrece-

[1] Bülow (Die Lehre von den Processeinreden. page 86) nie l'existence d'une *exceptio* ou d'une *præscriptio fori*. Dans le même sens : Planck. Die Merheit der Rechtsstreitigkeiten. pages 9 et 10.

vable ; mais, elle pourra être reçue plus tard, lorsque le demandeur aura réparé sa faute, si tant est qu'il s'agisse d'une faute réparable. C'est que la *præscriptio*, à la différence de l'exception, soumet au juge une simple question préjudicielle, ainsi que l'atteste sa formule rapportée par Gaius : *Ea res agatur si non*. Le procès est en suspens tant que cette question préjudicielle n'a pas été vidée ; et lorsque la *præscriptio* a été admise, le cours du procès se trouve arrêté, le juge n'entre pas dans l'examen de l'*intentio*, il se dessaisit. Nous avons sur ce point deux témoignages : l'un, de Quintilien, dans un passage bien connu. (Inst. or. VII, 5.) *Cum ex præscriptione lis pendet, de ipsa re quæri non est necesse*. L'autre, beaucoup plus récent, d'Aurelius Victor. (Ars rhet. IV, 1). *Potius est si litis conditio patiatur, adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus ejus colluctari*. Ainsi le demandeur est repoussé, *ab actione depellitur*, l'action n'ayant été délivrée par le préteur que d'une manière provisoire et conditionnelle : *ea res agatur si non*. La condition faisant défaut, l'action et par suite la *litis contestatio* elle-même sont réputées non avenues. Le droit du demandeur n'a donc pas subi d'extinction ; ce droit reste intact. Le demandeur pourra réitérer son action, le jour où la *præscriptio* cessera de lui être opposable.

Telle fut anciennement la théorie des *præscriptiones a parte rei*. A l'époque de Gaius (IV, 133) cette théorie primitive avait été modifiée. A quel moment précis remonte cette transformation ? Gaius ne nous l'apprend pas. Sans doute, la conversion des *præscriptiones* en exceptions était déjà en voie d'exécution à l'époque de Cicéron. Nous avons en effet un passage de Cicéron (de

Inv. II, 20) qui qualifie d'exception une véritable *præscriptio*, la *præscr. extra quam in reum præjudicium capitis fiat*. A cette époque la *præscriptio* était donc déjà plus ou moins démodée [1]; on commençait à confondre sous un seul nom *præscriptiones pro reo* et exceptions. La transformation s'achève dans le droit classique et Gaius ne nous parle plus des *præscriptiones pro reo* qu'à titre de souvenir.

II. Reste à déterminer quels furent les effets de la conversion des *præscriptiones* en exceptions. A cet égard, il est permis de concevoir quelques doutes. Que les *præscriptiones* aient pris la forme extérieure d'exceptions, cela n'est pas contestable ; que les jurisconsultes classiques aient indifféremment qualifié les exceptions de *præscriptiones* et les *præscriptiones* d'exceptions, cela n'est pas douteux non plus [2]. Mais faut-il admettre qu'en prenant la forme et le nom des exceptions, les *præscriptiones* en aient aussi produit les effets ? Cela est bien peu probable. Gaius semble nous donner à entendre que les *præscriptiones* se sont converties en exceptions, quant à la forme seulement, quant à la *species* [3]. Il n'y aurait donc là qu'un changement de forme sans influence sur le fond. De même la loi 16 de Exc. XLIV. 1 suppose que les *præscriptiones* ou du moins certaines d'entre elles continuèrent même après leur transformation à être examinées par le juge dès le début de l'instance, avant l'*intentio ;* c'est là une différence notable de la *præscriptio* avec l'exception qui tend *ad excludendum id quod in*

[1] En sens contraire. Zimmern, op. cit. § 96, page 293 et note 5.

[2] On en trouvera un exemple notamment dans la loi 91. de sol. XLVI, 3.

[3] Gaius. IV, 133. Quæ nunc in *speciem* exceptionis deducta est.

intentionem deductum est[1]. Enfin il faut citer dans le même sens une constitution de Caracalla qui s'exprime en ces termes : (c. 5 Code de pign. et hyp. VIII, 14). *Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum... non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit.* Ne semble-t-il pas résulter de ce texte que le demandeur écarté par une *præscriptio* peut en principe réitérer son action, sans courir le risque de se voir opposer l'exception *rei judicatæ* ou *rei in judicium deductæ ?* l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne se produirait donc pas ici.

Tout nous porte donc à admettre que les *præscriptiones* en changeant de nom et de *species*, conservèrent leurs anciens effets. Dans le droit classique, l'exception d'incompétence, ancienne *præsc. fori*, et l'exception *si in ea re præjudicium non fiat* n'entraînent comme jadis qu'une absolution momentanée et un dessaisissement provisoire du juge. Repoussé une première fois, le demandeur reste maître d'intenter une nouvelle demande, et s'il a la prudence d'éviter la faute de procédure dans laquelle il était tombé, ce demandeur triomphe finalement. A la différence des exceptions même dilatoires, les *præscriptiones pro reo* demeurent dans le droit classique de simples fins de non recevoir[2]. Leur objet n'est autre que de suspendre pendant un temps la marche du procès ; elles laissent subsister le droit que le demandeur allègue dans son *intentio*. A tous ces

[1] Loi 2. pp. Ulp. de Exc. XLIV, 1.

[2] Bien entendu il faut mettre à part les *præscriptiones* telles que la *præscr. temporis* ou *l'exc. rei judicatæ*, sur lesquelles tout le monde est d'accord. L'absolution qu'elles déterminent est toujours définitive. (loi 9 Code. de præscr. long. temp. VII, 33).

égards, la distinction des exceptions et des *præscriptiones* a survécu à la transformation par laquelle ces dernières avaient passé[1].

[1] En ce sens : Accarias. tome II, nº 922. — Ortolan. tome III, nos 1948 et 1949. — Savigny. Syst. V. § 227. — Knappe. op. cit. § 19. En sens contraire : Puchta. Cursus der Institutionen I. § 171. — Bonjean, Traité des Actions, tome I, § 188.

TROISIÈME PARTIE

COGNITIO EXTRAORDINARIA

Au premier abord, et en se plaçant à un point de vue purement théorique, on ne s'explique guère que la notion de l'exception ait pu survivre à la disparition du régime formulaire. Nous avons vu, en effet, quel lien étroit existe entre l'exception et la procédure *per formulas*. Envisagée comme arme de défense, comme moyen de procédure, l'exception repose sur le mécanisme de la formule et sur la division du procès en deux instances partagées entre deux personnages différents, le juge étant lié par les termes de l'instruction que lui adresse le magistrat. Dans la procédure extraordinaire où il n'était plus question ni de formules, ni de la distinction du juge et du magistrat, l'exception a perdu toute raison d'être, il semble qu'elle aurait dû disparaître.

D'autre part, la distinction des défenses en défenses au fond et en exceptions, c'est-à-dire en défenses ci-

viles et prétoriennes, n'avait plus et ne pouvait plus avoir la portée qu'elle avait eue autrefois. Cette distinction était née jadis d'un antagonisme dans le droit romain, d'une opposition entre la législation civile et la législation prétorienne. Or, sous la procédure extraordinaire, cette opposition avait depuis longtemps disparu ; les deux législations s'étaient fondues en une seule. Sous le règne d'Adrien, l'Edit du préteur était en quelque sorte « entré dans le droit civil[1], » dont il était devenu désormais partie intégrante. La distinction des défenses prétoriennes ou civiles ne devait plus conserver dès lors qu'une signification historique, cette distinction n'était plus conforme à la réalité des choses.

Aussi, l'on remarquera que le droit romain, dans la période qui nous occupe, ne crée plus d'exceptions. On conserve les exceptions anciennes, on en étend même parfois l'application à des hypothèses nouvelles [2], mais on ne crée plus de nouvelles exceptions. Les Empereurs à partir du troisième siècle ne recourent plus au procédé de l'exception, ils sanctionnent leurs dispositions législatives en établissant des nullités absolues. Les actes juridiques qui ne sont pas passés conformément aux lois, seront dorénavant nuls et de nul effet, *pro infectis* [3]. C'est ce que nous apprennent les empereurs Théodose et Valentinien dans la const.5, au Code. de leg. et const. pr. I, 14 : *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui*

[1] Accarias. tome I, page 53.

[2] Témoin l'extension de la *præscriptio temporis*, aux actions dites perpétuelles, extension opérée en l'année 424 par l'empereur Théodose le Jeune.

[3] Knappe. op. cit. § 23.

contrahunt lege contrahere prohibente. Ut ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur : licet legislator fieri prohibuerit tantum.

Logiquement la distinction des défenses *ipso jure* ou *exceptionis ope* devait donc s'effacer de la législation romaine, à l'époque de la *cognitio extraordinaria*. Cependant cette distinction s'y est conservée, telle qu'elle avait été dans le droit classique. La notion de l'exception a passé jusques dans le droit de Justinien. Les Institutes continuent à distinguer les exceptions des défenses *ipso jure* [1] ; de même d'ailleurs qu'elles opposent toujours le *jus honorarium* au *jus civile*, comme si la lutte entre ces deux droits était toujours vivante.

Comment s'expliquer le maintien de l'exception dans la *cognitio extraordinaria?* Sans doute il ne faut voir dans ce maintien que l'effet d'une vieille tradition, entrée depuis des siècles dans les mœurs romaines. A Rome plus que partout ailleurs, les traditions juridiques se conservent même lorsqu'elles ont perdu leur raison d'être. La pratique s'était habituée à désigner sous le nom d'exceptions les défenses tirées du dol, de la *metus,* du pacte de remise. Jadis ces défenses étaient opposées par le *reus* dans la forme même où elles avaient été pour la première fois reconnues par l'édit du préteur. Il est bien probable que le défendeur à la *cognitio extraordinaria* continua à invoquer les défenses prétoriennes en se servant des termes dans lesquels l'édit les avait autrefois introduites et formulées. Le défendeur s'appuyait

[1] C'est ainsi que Justinien nous dira dans ses Institutes § 6. de Exc. IV, 13 : Alioquin, quam ex multis variisque causis exceptiones *necessariæ* sint, etc...

toujours sur la vieille formule de l'exception de dol, *si nihil in ea re dolo malo factum sit neque fiat,* pour repousser une demande qu'il disait contraire à l'équité ; et c'est ainsi que le dol, de même que les autres défenses prétoriennes, continuaient à se produire *exceptionis ope*, sous la forme ancienne de l'exception [1].

Essayons donc d'esquisser rapidement les traits principaux de la théorie des exceptions dans la *cognitio extraordinaria*, et voyons quel est l'intérêt qui s'attachait alors à la distinction des défenses en défenses au fond et en exceptions.

Dans le droit de Justinien, il nous semble que la théorie des exceptions peut se résumer tout entière dans deux idées essentielles qui sont les suivantes : 1° Les exceptions dilatoires et les exceptions perpétuelles se séparent les unes des autres par des différences de plus en plus nombreuses, de plus en plus absolues. 2° Les unes, ce sont les exceptions dilatoires, tendent à s'écarter sans cesse davantage des défenses proprement dites ; les autres au contraire, les exceptions perpétuelles, en arrivent à se confondre presque entièrement avec les défenses au fond. Séparation plus complète des exceptions dilatoires et des exceptions péremptoires, rapprochement des exceptions péremptoires et des défenses au fond : au Bas-Empire, toute la théorie des exceptions tient dans ces deux propositions.

I. On a dit parfois qu'à Rome, dans le droit classique, toutes les exceptions, une fois du moins qu'elles ont été insérées dans la formule, deviennent péremptoires. Cette proposition un peu absolue peut surprendre

[1] Lenel. op. cit. page 60.

tout d'abord ; mais, si on l'entend avec quelque ménagement, en faisant abstraction des nuances de détail qui séparent l'exception dilatoire de l'exception péremptoire, elle paraîtra véritablement exacte. A l'époque classique en effet, toute exception quelle qu'elle soit, temporaire ou perpétuelle, si elle a été reconnue fondée par le juge, produit invariablement le même effet : elle détermine d'une part l'absolution du défendeur et d'autre part elle entraîne à tout jamais la déchéance du demandeur [1]. Toutes les exceptions sont péremptoires : cela veut dire que toutes produisent un effet identique, à savoir l'absolution entière et définitive du *reus*. Au Bas-Empire, la distinction des exceptions péremptoires et temporaires est bien autrement importante.

Cette importance de notre distinction se manifeste dès le début du procès. Les textes en effet nous avertissent que les exceptions dilatoires doivent, sous peine de déchéance, être proposées dès le commencement de l'instance, *ante litem contestatam* [2]. Au contraire les exceptions péremptoires peuvent être produites à tout moment du procès, si avancé soit-il, c'est-à-dire jusqu'à la sentence [3]. Ce dernier point toutefois a soulevé quelques difficultés. On a prétendu que les exceptions péremptoires doivent toujours en principe être opposées avant que la *litis contestatio* soit intervenue [4]. A l'appui de cette

[1] Nous faisons des réserves pour les *præscriptiones* dont l'effet est moins énergique, ainsi qu'on l'a vu.

[2] Loi 19 au Code de probat. IV, 19. — Accarias. tome II, no 899.

[3] Lois 8 au Code de except. VIII, 36, — 2 au Code sent. resc. VII, 50.

[4] En ce sens : Lenel. op. cit. pages 60 et 61. — Bekker. Actionen. II, page 223. — Eisele. Zur Geschichte der proc. Behandlung der

proposition, on invoque notamment la loi 9 au Code de præscr. VII, 33, qui semble bien imposer au défendeur la nécessité d'invoquer *in limine litis* ses exceptions péremptoires. Mais, il est bien difficile de voir dans la loi 9 une règle absolue. Sans doute, le défendeur procéderait plus régulièrement et plus habilement, en opposant dès le début de l'instance ses exceptions péremptoires. A supposer en effet que le juge admette immédiatement ces exceptions, le défendeur couperait court au procès, et c'est là un réel avantage[1]. Toutefois, il n'est pas contestable que le défendeur puisse jusqu'à la sentence soulever des exceptions péremptoires[2]. Nous avons en ce sens deux textes formels, la loi 8 au Code de exc. et aussi la loi 2 au Code sent. resc., ce dernier texte faisant d'ailleurs l'objet de bien des controverses. Voici la décision qu'il renferme :

> Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat. Quodsi aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur, nàm judicatum contrà majores annis viginti quinque non oppositæ præscriptionis velamento, citrà remedium appellationis, rescindi non potest.

Les empereurs Dioclétien et Maximin, auteurs de cette

Exceptionen. Voir surtout : Wieding. Der Just. Libellprocess. pages 210 et s.

[1] Accarias. tome II, page 1212, note 1.— Tardif. (thèse 1880). Etude sur la Litis Contestatio nos 49 et 50. — Voir aussi en ce sens la loi 8 au Code de Exc. (argument des mots : *quam ante contestari sufficit.*)

[2] Ceci nous explique que la règle. *Exc. doli mali b. f. judiciis inest* ait disparu dans le dernier état du droit, et ait pu être rayée par Tribonien d'un certain nombre de lois du Digeste.

constitution, y exposent des idées singulièrement contradictoires. D'abord, les empereurs rattachent à l'édit prétorien ce principe que l'exception péremptoire peut être opposée jusqu'au moment de la sentence ; c'est là une erreur manifeste [1]. De plus, la const. 2 se met en contradiction avec elle-même lorsqu'elle suppose pour le défendeur la nécessité d'une *restitutio in integrum* contre l'omission de l'exception. De là quelques difficultés qui se sont élevées touchant notre texte. Si nous ne nous trompons, voici quelle serait l'interprétation à donner à la constitution des empereurs Dioclétien et Maximin. En principe, la *cognitio extraordinaria* autorise le défendeur à proposer en tout état de cause ses exceptions péremptoires. *La restitutio in integrum* n'a plus de raison d'être dans la nouvelle procédure, puisque le magistrat à qui cette *restitutio* devrait être demandée, est en même temps juge de la demande principale. Si l'on veut, cette *restitutio* résulte du fait même de l'admission par le magistrat-juge de l'exception omise. Enfin, lorsque le *reus* a laissé passer la sentence sans élever son moyen péremptoire, ce défendeur, à moins qu'il ne soit mineur de 25 ans, n'aura plus droit à la *restitutio in integrum*. Mais le texte lui donne un autre secours, à savoir le *remedium appellationis*. L'exception omise en première instance pourra donc être opposée en appel, et c'est là une innovation que le droit classique n'a pas connue. Au Bas-Empire, le juge de l'appel peut admettre des exceptions péremptoires, sur lesquelles n'a point porté le débat de première instance.

[1] Gaius. IV, 125.

Donc, première différence entre les exceptions péremptoires et les exceptions dilatoires : celles-ci doivent être proposées *ante litem contestatam*, celles-là peuvent l'être en tout état de cause, et même pour la première fois en appel. Voici une seconde différence plus notable encore.

Jadis, le demandeur qui perd son procès par l'effet d'une exception, temporaire ou péremptoire, le perdait définitivement et pour toujours. En intentant son action avant l'échéance du terme de grâce, en formant sa demande d'une manière défectueuse et contraire à quelque règle de procédure, ce demandeur qui s'était vu opposer *in jure* l'exception dilatoire, et qui avait eu l'imprudence de persister dans la poursuite de l'instance, commettait une faute, et cette faute lui coûtait cher. Repoussé par l'exception dilatoire, il voyait son droit perdu à tout jamais par l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Or la *litis contestatio*, dans la législation de Justinien, n'opère plus l'extinction du droit déduit *in judicium*. De là résulteront les conséquences suivantes dans la matière des exceptions. Si le demandeur succombe devant une exception péremptoire, il perd son droit d'une manière définitive ; le défendeur absous échappe désormais à toute poursuite, et ce n'est que justice. Si au contraire, c'est une exception dilatoire qui a été soulevée par le défendeur, cette exception entraîne naturellement l'absolution du *reus*. Mais, la sentence d'absolution n'est plus irrévocable. Ainsi le créancier qui a été repoussé pour avoir intenté son action avant le terme convenu par un pacte *ex intervallo*, pourra réitérer sa demande après l'expiration d'un certain délai. C'est là un point tellement certain qu'il est superflu de s'y arrêter. Jus-

tinien, dans ses Institutes, à notre titre de Exc. § 10, rattache à une constitution de l'empereur Zénon, (la loi 1 au Code, de plus pet. III, 10) la décision que nous venons de rapporter. L'empereur Zénon avait décidé en effet que la *plus petitio tempore*, c'est-à-dire le fait d'exercer une action avant l'arrivée du terme, n'entraînerait plus la perte du droit porté en justice. Cette *plus petitio* dorénavant n'avait plus d'autre effet que d'obliger le créancier à laisser s'écouler un délai double de celui qu'il eût dû observer. Le demandeur était donc puni pour avoir intenté trop tôt son action. Mais, à l'expiration du délai fixé par la constitution de Zénon, il pouvait exercer à nouveau sa demande, et obtenait condamnation. Justinien rappelle à plusieurs reprises et confirme, en ce qui touche l'*exc. nisi convenerit ne intrà certum tempus ageretur*, la décision rendue par l'empereur Zénon.

On voit combien s'était transformée au Bas-Empire la notion de l'exception dilatoire. Cette exception avait perdu ses effets énergiques du droit classique ; elle n'engendrait plus pour le demandeur trop pressé d'agir qu'une *pœna*, une obligation de subir un certain délai. La définition que nous donne Justinien (§ 10 de Exc.) de l'exception dilatoire était donc devenue rigoureusement exacte : *Temporales atque dilatoriæ sunt quæ ad tempus nocent* [1].

II. Nous venons de voir combien la séparation des

[1] A l'époque de Gaius au contraire, cette même définition (IV. 122) n'est pas d'une entière exactitude. Elle ne s'applique pas à l'exception dilatoire qui a été insérée dans la formule, puisque dans le droit classique cette exception produit des effets non pas temporaires, mais définitifs et irrévocables.

exceptions dilatoires et des exceptions péremptoires s'était accentuée dans le dernier état du droit romain. Par contre, les exceptions péremptoires tendent à se rapprocher de plus en plus des défenses tirées du fond du droit. Au Bas-Empire, il importe peu que le défendeur cherche à se prévaloir de la remise de dette ou de l'acceptilation, de la nullité *ipso jure* du contrat ou du dol et de la violence ; ces défenses, quelles qu'elles soient, sont soumises à des règles à peu près identiques. L'exception, de même que la défense *ipso jure*, n'a plus besoin d'être proposée par le défendeur et admise par le magistrat-juge *in limine litis ;* elle peut être soulevée en tout état de cause, fût-ce en appel ; enfin, elle entraîne l'absolution du *reus* de la même manière que pourrait le faire une défense proprement dite. Si l'on ne s'en tient pas aux mots, il semble donc que l'exception et la défense se confondent presque entièrement [1].

Au surplus, il n'y a rien là qui doive nous étonner. Nous retrouvons ici au contraire la confirmation des

[1] Dans quelques hypothèses particulières, on verra cependant reparaître l'intérêt de la distinction des défenses *ipso jure* et des exceptions. La const. 8 pp. et § 1 au Code. de præscr. 30 vel 40 ann. VII, 39. nous en signale un exemple dans le droit de Justinien. On sait que le possesseur de bonne foi qui a usucapé un immeuble par 10 ou 20 ans, a acquis la propriété. Il a donc d'une part un moyen de défense tiré du fond du droit, et d'autre part une action en revendication qu'il pourra intenter victorieusement contre le précédent propriétaire lui-même. Le possesseur de mauvaise foi, qui invoque la prescription extinctive de 30 ans, n'a au contraire qu'une exception. Poursuivi en revendication, il pourra bien repousser la demande du propriétaire ; mais en cas de dépossession, il ne pourra revendiquer, car il n'a pas acquis la propriété. Ainsi l'exception ne sera jamais qu'une arme de défense ; au contraire, le titulaire d'un droit fondé sur l'*ipsum jus* trouve dans ce droit, à la fois un moyen de défense et une action.

idées que nous avons défendues au cours de notre étude sur les exceptions dans le droit romain.

Bien qu'on en ait pu dire, la distinction des défenses au fond et des exceptions n'est pas une distinction fondée sur la nature des choses. Si l'on met à part les exceptions de procédure, tirées de ce que le demandeur a commis une faute dans l'exercice de son action et qui ne sont à vrai dire que des fins de non recevoir [1], si l'on met à part ces exceptions de procédure, les seules que notre Code de 1806 ait conservées et reconnues pour des exceptions véritables, on s'aperçoit bien vite qu'entre l'exception et la défense *ipso jure*, il n'y a en réalité aucune différence essentielle et nécessaire. Que le défendeur oppose le paiement qui opère *ipso jure* ou la compensation qui n'engendre qu'une exception, l'usucapion qui est sanctionnée par une défense au fond ou la *præscriptio longi temporis* qui agit *exceptionis ope*, ce sont là des défenses de même nature : toutes en effet se ramènent à dire que la prétention du demandeur est dépourvue de fondement. Toute défense quelle qu'elle soit, qu'on la nomme défense au fond ou exception péremptoire, tend à détruire l'action contre laquelle elle est dirigée. Seules les exceptions dites de procédure se distinguent des défenses au fond, en ce qu'elles combattent non pas la prétention elle-même du demandeur, mais la forme dans laquelle cette prétention a été introduite en justice.

La distinction des exceptions et des défenses au fond est une distinction purement romaine, elle n'a qu'une signification purement historique et elle ne se comprend

[1] Bonjean. Traité des Actions. tome II, page 300 note 2.

bien qu'à l'époque du système formulaire. Ainsi que nous le disions au début, cette distinction est née de la division du droit romain en deux législations, civile et prétorienne. Le jour où les deux législations se sont fondues en une seule, l'exception a perdu sa raison d'être. Voilà pourquoi dès le Bas Empire, époque à laquelle l'Edit du préteur s'était absorbé dans le droit civil, nous constatons une tendance marquée à assimiler les exceptions péremptoires et les défenses au fond. A partir de ce moment, la théorie des exceptions était définitivement condamnée, elle devait disparaître. Elle a disparu en effet de nos Codes, malgré les efforts tentés par les jurisconsultes de notre ancien droit pour la faire revivre; et s'il en est encore parfois question aujourd'hui, ce ne peut plus être qu'à titre de souvenir et par une sorte de respect pour les vieilles traditions du droit romain classique [1].

[1] Dans le droit byzantin postérieur au sixième siècle, le procès civil conserve dans ses grandes lignes la physionomie qu'il avait sous Justinien. Le système de la défense et aussi celui des exceptions ne se trouvent pas sensiblement modifiés. (Zachariæ von Lingenthal. Geschichte des Griechisch-römischen Rechts. page 368.)

DROIT FRANÇAIS

TABLE DES MATIÈRES

DEUXIÈME PARTIE

Les exceptions dans la procédure féodale et coutumière.

TROISIÈME PARTIE

La théorie des exceptions dans la procédure moderne.

FIN DE LA TABLE

SOURCES

— Decretalium Gregorii Papæ IX liber secundus. Tit. XXV, de Exceptionibus. (Corpus juris Canonici, éd. Friedberg. Tome II).

— Tancrède de Bologne. Ordo judiciarius. Pars II, tit. V, de Exceptionibus et replicationibus. (Ed. Bergmann. Göttingen. 1842).

— Pillii Summa de ordine judiciorum. Pars II, de Exceptionibus. (Ed. Bergmann).

— Gratiæ Summa de judiciario ordine. Pars I, tit. IX, de Exceptionibus. (Ed. Bergmann).

— G. Durant. Speculum Juris. Lib. II, partic. 1, de Exceptionibus et replicationibus. (Ed. Francofurti, 1592).

— Sexti Decretalium liber secundus. Tit. XII, de Exceptionibus. (Corpus Juris Canonici, tome II).

— Beaumanoir. Les Coutumes de Beauvoisis, tome I, chapitre VII. Des Deffenses. (Ed. Beugnot. Paris, 1842).

— Le Livre des Constitucions démenées el Chastelet de Paris §§ 16, 47, 48, 83. (Ed. Mortet. Paris 1883).

— Coutumier d'Artois. Titre VII. (Ed. Ad. Tardif, Paris, 1883).

— Du Breuil. Stylus Curiæ Parlamenti. Caput XIII. De Exceptionibus. (Ed. du Moulin, 1558).

— Le Livre des Droiz et Commandemens d'office de justice. (Ed. Beautemps Beaupré. Paris, 1865).

— Le Grand Coutumier de France. Livre III, chapitre VIII. Des Exceptions. (Ed. Charondas le Caron. 1598).

— Somme Rurale de Bouteiller. Livre I. Titres XVII, XVIII et XIX, (Ed. Charondas le Caron. 1621).

— La Practique de Masuer mise en françois par Fontanon. Titre IX. Des Exceptions. (Ed. Guenoys. 1606).

— Liber de Exceptionibus reorum vulgo fugitivus appellatus. M. Nepote a Monte Albano auctore. (A la suite de Masuer. Practica forensis. Ed. Francofurti. 1571).

— Coutumes et Institutions de l'Anjou et du Maine antérieures au XVI[e] siècle. Tome II, n[os] 1121 et suiv. — Tome III n[os] 30 à 160. (Ed. Beautemps Beaupré. Paris, 1878).

— Laienspiegel de Ulrich Tengler. (Ed. Francfort. 1510).

— Theoderic von Bocksdorff. Gerichtsformeln, (mitgetheilt von Böhlau, dans la Rudorffs Zeitschrift fur Rechtsgeschichte. Année 1861. Tome I), n[os] VII et suiv. Formeln fur den Beklagten.

— Imbert. La Practique judiciaire tant civile que criminelle. Livre I, chap. XVIII et suiv. (Ed. Guenoys. 1665).

— Lange. La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale. Tome I, liv. IV, chap. XI à XVI. (Paris, 15[e] éd. 1755).

— P. Lisel. Practique Judiciaire pour l'instruction des causes criminelles et civiles. (Ed. Charondas le Caron. Paris, 1603).

— Loysel. Institutes Coutumières. Livre V. Titre second. Des Barres et Exceptions. (Ed. Dupin et Laboulaye. Paris, 1846).

— Ordonnance de 1667, sur la réforme de la justice. Tit. V, Art. 5, Tit. VI, VII, VIII, IX.

— Boutaric. Explication de l'Ordonnance de Louis XIV, sur les matières civiles, (éd. 1743), pages 37 et suivantes.

— Jousse. Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance civile de 1667, (éd. 1767). Voir : Tome II. Table des Matières, au mot Exceptions.

— Pothier. Traité de la Procédure Civile. (éd. 1778), pages 39 et suivantes.

BIBLIOGRAPHIE

ALBRECHT. — Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt. (Munich 1835.)

BETHMANN-HOLLWEG. — Der germanisch romanische Civilprocess im Mittelalter, vom zwölften bis fünfzehnten Jahrhundert. (tome VI du Civilprocess des gemeinen Rechts.) (Bonn. 1874.)

BRUNNER. — La parole et la forme dans l'ancienne procédure française. (traduction Hecquet de Roquemont.) dans la Revue critique de législation et de jurisprudence. Année 1872, tome 38.

BULOW. — Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen. (Giessen. 1869.)

P. FOURNIER. — Les officialités au Moyen Age. (Paris, 1880).

GLASSON. — Les Sources de la procédure civile française, dans la Nouvelle Revue Historique. Année 1881, tome 5.

GLASSON. — Histoire du Droit et des Institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre. (Paris 1882), Tome III, chapitre 6.

KNAPPE. — Versuch einer Entwickelung des Begriffes der Exceptionen. (Munich, 1835).

MUNCHEN. — Das Kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht. (Cöln, 1874).

SCHAEFFNER. — Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs. (Francfort. 1850). tome III, chapitre 21.

SIEGEL. — Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens. (Giessen, 1857).

SINTENIS. — Abriss der Geschichte der Einreden, dans les Jahrbüche

des gemeinen deutschen bürgerlichen Prozesses, Tome I, pages 179 et suiv.

Sohm. — La procédure de la Lex Salica. (traduction Thévenin). (Paris, 1873).

Tanon. — L'ordre du procès civil au xiv[e] siècle, dans la Nouvelle Revue Historiqne. Année 1885, Tome 9.

Ad. Tardif. — La procédure civile et criminelle aux xiii[e] et xiv[e] siècles. (Paris, 1885).

E. J. Tardif. — Etude sur la Litis Contestatio en droit romain et les effets de la demande en justice en droit français. (thèse pour le Doctorat, Paris, 1881).

Warnkonig et Stein. — Französische Staats und Rechtsgeschichte. Tome III, Geschichte des französischen Strafrechts und des Processes. (Bâle, 1875).

INTRODUCTION

APERÇU SUR L'HISTOIRE DES EXCEPTIONS DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

La distinction des défenses au fond et des exceptions, qui,dans le dernier état du droit romain, avait perdu la plus grande partie de son intérêt et semblait destinée à s'effacer un jour ou l'autre de la procédure, renaît dans notre ancien droit, et y retrouve une importance nouvelle. Non seulement la notion de l'exception a passé dans notre ancien droit, mais encore elle s'y est maintenue avec tout son crédit; sous la plume des canonistes et des Glossateurs, elle s'est affermie et développée, et elle a reçu des applications nouvelles. En un mot, elle a exercé sur la théorie de la défense dans notre ancienne procédure une influence prépondérante.

Mais la distinction des défenses au fond et des exceptions est loin de présenter, dans notre ancien droit, le caractère de simplicité et de netteté que nous lui avons reconnu à Rome, particulièrement sous la période formulaire. Autant à l'époque classique la notion

de l'exception, c'est-à dire de la défense prétorienne par opposition aux défenses civiles, est claire et précise, autant cette même notion semble vague et mal définie dans notre ancienne procédure. La théorie des exceptions a été véritablement défigurée par nos vieux juristes. D'une part, ils ont englobé sous le nom d'exceptions, pêle-mêle, et sans méthode aucune, tous les moyens que peut invoquer un défendeur à l'encontre des demandes en justice ; tous ces moyens, quels que soient leur nature et leurs effets, sont indistinctement qualifiés d'exceptions. Toutes raisons qu'on met en avant pour se défendre, dit Beaumanoir, descendent de deux causes : ce sont ou bien des exceptions dilatoires ou bien des exceptions péremptoires[1]. D'autre part, nos anciens auteurs n'ont pas su établir une ligne de démarcation précise, entre les défenses proprement dites et les exceptions[2] ; il existe à cet égard, dans leur langage, aussi bien que dans leurs idées, une confusion qui n'a été dissipée que par le Code de 1806[3]. Confusion des défenses avec les exceptions, assemblage, sous le nom d'exceptions, des moyens les plus divers que puisse opposer un défendeur, telles sont les deux principales causes de l'obscurité et du désordre qui ont régné en notre matière, pendant tout le moyen âge.

Dans de telles conditions, on comprend que la notion de l'exception ait été singulièrement trouble et incer-

[1] Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis, ch. VII, no 2.

[2] Ainsi, Jean Desmares nous dit : « Il n'est pas plus belle péremptoire que d'opposer un ny, une dénégation à la demande. » Décisions. (dans Brodeau. Coutume de Paris, tome II, page 607).

[3] Glasson, Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre, tome III, page 401.

taine. Aussi se trouve-t-on dans un véritable embarras, lorsqu'il s'agit de donner de l'exception dans notre ancien droit une définition précise. C'est que la distinction des défenses et des exceptions a perdu, dans notre ancien droit, sa signification romaine, et par suite, son fondement naturel et sa raison d'être. A Rome, cette distinction était née de la division de la législation en deux droits d'origine et d'âge différents, l'un, le droit civil, droit primitif, formaliste et rigoureux, l'autre, le droit prétcrien, de formation plus récente, imprégné d'équité; au droit civil correspondaient les défenses *ipso jure*, au droit honoraire les défenses *exceptionis ope*. Au Bas Empire, les deux législations, civile et prétorienne, tendant à se confondre l'une dans l'autre, la distinction des défenses et des exceptions commença, elle aussi, à s'affaiblir. A cette époque, la notion de l'exception semblait gravement compromise. Elle se réveilla cependant dans notre ancienne procédure, et cela sous une double influence, influence du droit canonique et des Glossateurs[1]. Le droit canonique en effet a emprunté au droit romain la procédure du Code et des Novelles: c'est cette procédure romaine, qui dès le XII[e] siècle est reçue dans les tribunaux ecclésiastiques; refondue et modifiée sur quelques points par les Décretales, elle constitue la base du procès canonique[2]. Avec la procédure romaine, les canonistes ressuscitèrent la théorie des exceptions que nous trouvons longuement

[1] Knappe. Versuch einer Entwickelung des Begriffes der Exceptionen, § 28.
[2] Fournier. Les Officialités au moyen âge, page 130. — Glasson. Sources de la Procédure civile française. (dans la Nouvelle Revue historique, année 1881), pages 413 et suiv.

14

développée dans les *Ordines Judiciorum* du XIII[e] siècle, traités de procédure composés principalement à l'aide d'éléments romains. De leur côté, les Glossateurs, qui croyaient retrouver dans le droit de leur époque toutes les particularités du droit romain, ne manquaient pas de commenter la théorie romaine de l'exception, et essayaient de la remettre en honneur.

Ni canonistes, ni Glossateurs ne s'étaient demandé si la distinction romaine des défenses et des exceptions répondait aux principes en vigueur dans le droit de leur époque. Le droit canonique, pas plus que l'ancien droit français, n'offrait le contraste d'un droit récent basé sur l'équité opposé à un *ipsum jus* primitif et rigoureux. Semblable opposition n'existait plus, et ne pouvait plus, comme jadis à Rome, servir de fondement à la théorie des exceptions. Mais il importait peu; on avait trouvé dans les textes romains une division des défenses en défenses proprement dites et en exceptions, il fallait que cette division prît place dans le droit actuel. Les canonistes et les Glossateurs la firent revivre. Seulement l'exception ne pouvait plus se maintenir avec les caractères et la signification qu'elle avait eus à Rome; il ne pouvait plus être question de la présenter comme moyen prétorien par opposition aux défenses civiles. Le fondement historique de l'exception romaine semble d'ailleurs avoir échappé à nos anciens juristes. Ne possédant plus le sens véritable de la distinction des défenses et des exceptions, ils se sont contentés le plus souvent de reprendre la terminologie romaine qu'ils emploient avec plus ou moins d'exactitude, et ils ont reconstitué une théorie des exceptions purement arbitraire. De là, les obscurités et les con-

tradictions qu'on rencontre sans cesse au Moyen Age et jusqu'au dernier siècle, chez les auteurs qui ont exposé cette théorie ; de là aussi, les hésitations de nos anciens juristes, quand il s'agit de définir et de caractériser l'exception ; de là enfin, la confusion des exceptions avec les défenses, confusion qui n'a pu être évitée ni par les canonistes [1], ni par les Glossateurs [2].

Les auteurs et les praticiens semblent s'être appliqués avant tout à faire revivre dans notre matière la terminologie romaine. C'est ainsi qu'on a donné le nom d'exceptions romaines à des moyens qui cependant n'opèrent plus *exceptionis ope*. Dans le droit canonique par exemple, l'on retrouve une *exc. metus*, bien que *vis* et *metus* aient pour effet immédiat d'anéantir le contrat entaché de violence, et par conséquent annulent de plein droit les droits et obligations auxquels ce contrat devait donner naissance. La const. 2. X. de his quæ vi metusve causa fiunt. I, 40, nous dit expressément : « *Quæ metu et vi fiunt, de jure debent in irritum revocari.* » De même, la const. 4, X, eod. tit. : « *Quæ vi metusve causa fiunt, carere debent robore firmitatis.* » Ce qui n'empêche pas la Glose de nous apprendre que, sauf dans certains cas exceptionnels [3], l'obligation contractée *vi aut metu* subsiste *ipso jure* [4].

[1] Durand. Spec. lib. II, de Except. et Repl. § I, n° 4 (page 158). « Largo tamen modo possunt (defensiones) dici exceptiones, eo quod repellunt seu excludunt agentis intentionem. »

[2] Gloss. in fr. 9 Dig. de Exc. XLIV, 1. « Ponitur nomen exceptionis pro qualibet defensione contra intentionem. »

[3] Par exception, dit la Glose, en matière de mariage, de constitution de dot, d'*auctoritas tutoris*, etc... la *metus* entraîne *ipso jure* la nullité du negotium juris qui en est entaché.

[4] Gloss. ordin. (Decr. Greg. IX) in const. 2, de his quæ vi. I, 40, (éd. Lyon 1584, page 479).

De même, le droit canonique admet que le pacte nu a l'effet d'une stipulation et engendre une action. « *Studiose agendum est ut ea quæ promittuntur, opere compleantur.* » (const. 3, X, de pactis, I, 35.) — « *Pax servetur, pacta custodiantur.* » (const. 1, X, eod. tit.) Ainsi lorsqu'un créancier consent à son débiteur une remise de dette par simple pacte, ce pacte opère en droit canon de la même manière qu'une acceptilation à Rome. Et cependant le droit canonique a conservé l'*exc. pacti*[1].

Cette règle que le simple accord de volontés sans formes suffit à créer des obligations et à les éteindre, a fini par s'introduire aussi dans notre ancien droit coutumier. Très anciennement le consentement des contractants ne suffit pas à lui seul à obliger[2]. Il faut en outre que ce consentement ait été accompagné de quelque solennité en forme symbolique, telle que la paumée ou le denier à Dieu, formes qui dérivent sans doute des traditions germaniques primitives ; ou bien encore il faut que la convention sans formes ait été suivie d'un commencement d'exécution du côté de l'un des contractants. Au treizième siècle, un principe contraire tend à s'établir : on commence à admettre que le simple consentement suffit pour faire naître des obligations[3]. Ce principe nouveau, qui avait déjà été reconnu par les canonistes, fut emprunté dans notre ancien droit coutumier aux textes romains, d'ailleurs assez mal interprétés, car l'édit prétorien était loin de traiter tous

[1] Tancrède. Ordo jud. pars II, tit. 5, (éd. Bergmann. page 143).

[2] Esmein. Etudes sur les Contrats dans le très ancien droit français, pages 20 et suiv.

[3] Esmein. op. cit. pages 34 et suiv.

les pactes aussi largement que le firent nos vieux auteurs. Quoi qu'il en soit, nous trouvons le nouveau principe formulé dès le XIIIe siècle par Pierre de Fontaines : « Bien doit-on garder ce qu'en convenance, car la loi escrite dit qu'il n'est nule riens tant soit convenable à humaine foi, fors de garder ce où en convenance [1]. » Le livre de Jostice et Plet [2] s'exprime en termes semblables : « Et que chose est plus accordable au monde qu'est garder ce qu'est convenancé entre les gens [3] ? » Du principe que « *Toutes convenances sont à tenir* » il semble résulter que tout pacte eût dû faire naître, selon les cas, une action en justice ou une défense *ipso jure* [4]. Cependant l'*exc. pacti conventi* s'est maintenue dans la procédure coutumière [5], comme elle s'était conservée en droit canonique. On reconnaît là la tendance de nos anciens juristes à substituer partout le langage et les théories romaines aux principes du droit français, du droit national [6]. Le maintien de

[1] P. de Fontaines. Conseil. ch. XV, § 1, (édition Marnier).

[2] Livre de Jostice et Plet. II, 16, § 1 et 2.

[3] Cf. fr. 1 pp. D. de pactis. II, 14. — Dans le même ordre d'idées, Beaumanoir ch. XXXIV, n° 2, et Loysel. Inst. Cout. liv. III, tit. 1, reg. 1, qui répéte en le détournant de son sens primitif le vieil adage : *Convenances vainquent loy.*

[4] En sens contraire, un texte du Livre des Droits et Commandements, t. I, §§ 131-132, (éd. Beautemps Beaupré, page 373) qui s'exprime ainsi : « Convenant n'est pas action, mais seulement exception. »

[5] Du Breuil. Stil. Parl. 1re partie ch. XIII, § 11.

[6] De même nous retrouvons au Moyen Age une division des actions en actions de droit strict et actions de bonne foi. (Glose. Decr. Greg. IX, in const. 6, X, de Except. II, 25. — Livre des Droits et Commandements. tome II, § 309, éd. Beaut. Beaup. page 4). Semblable division est entièrement dépourvue de sens et d'intérêt dans un droit équitable comme le droit canonique ou comme notre ancien droit

l'exception dans notre ancienne procédure est un témoignage certain de cette tendance[1].

La théorie des exceptions s'est donc ravivée dans notre vieux droit coutumier sous la double influence du droit canonique et des écrits des Glossateurs. Dès le XIII[e] siècle, nous retrouvons cette théorie entièrement formée dans Beaumanoir. Sous l'empire des principes formalistes qui dominent la procédure féodale aux XIII[e] et XIV[e] siècle, l'exception a même joué un rôle d'une importance toute particulière; à cette époque d'ailleurs, les coutumiers et les traités de procédure exposent, touchant notre sujet, les idées les plus divergentes, et à coup sûr, les moins conformes aux traditions romaines. Plus tard enfin, la théorie des exceptions tend à se régulariser au fur et à mesure que le droit romain est mieux étudié, mieux connu. Mais cette théorie ne sera véritablement comprise que par les rédacteurs de notre Code de procédure, qui, mettant à part et réservant les moyens dilatoires, ont rejeté comme contraire aux principes du droit moderne et comme dépourvue aujourd'hui de fondement, la distinction des défenses *ipso jure* et des exceptions.

français. (Gudelinus. Comment. de jure novissimo. liv. III, ch. 13, n° 26, éd. Antwerpiæ, 1685, page 96).

[1] En Allemagne, l'invasion des théories romaines a pareillement entraîné le retour au système des exceptions. — Knappe. op. cit. §§ 28-29, et Sintenis. Abriss der Geschichte der Einreden. (Iahrbücher des gem. deutschen bürg. Processes. 1[er] vol. pages 179 et suiv). — On trouvera la théorie des exceptions exposée d'une manière assez complète dans le *Laienspiegel*, composé par Ulrich Tengler à la fin du XV[e] siècle. (éd. 1518. pages 86 et suiv.) Cet ouvrage contemporain du *Klagspiegel* rédigé par le docteur strasbourgeois Seb. Brandt, contient un mélange de droit romain, canonique et coutumier allemand.

PREMIÈRE PARTIE

RÉVEIL DE LA THÉORIE DES EXCEPTIONS DANS LES ÉCRITS DES GLOSSATEURS ET DANS LE DROIT CANONIQUE

—

CHAPITRE I

SYSTÈME DE LA DÉFENSE DANS LES LOIS BARBARES D'ORIGINE GERMANIQUE

Si l'on remonte à la période primitive au cours de laquelle les procédures barbares d'origine germanique ont été introduites par le peuple franc sur le territoire de la Gaule, le caractère général, le trait essentiel qui se dégage de l'examen de ces anciennes procédures, c'est la prépondérance absolue des formes symboliques et des solennités de paroles. Ainsi, la loi Salique — la seule des lois germaniques que nous nous proposions d'interroger ici, et d'ailleurs la plus intéressante à étudier, puisqu'elle remonte à une époque antérieure à

l'établissement du peuple franc sur le sol romain[1], et qu'elle nous révèle par là même dans toute leur originalité les institutions du droit germanique le plus reculé, — la loi Salique nous expose un système de procédure purement formaliste, consistant exclusivement dans l'accomplissement d'actes solennels ou dans l'emploi de paroles sacramentelles : procédure selon laquelle l'acte formel, ainsi que l'a montré Sohm[2], constitue au profit du demandeur un moyen tout puissant de coërcition à l'encontre de son adversaire. C'est de cette procédure formaliste qu'est sorti, au commencement du moyen âge, le procès féodal, qui n'est pas tant une création originale de la féodalité que la reproduction du système de l'ancienne procédure germanique affranchie dans une certaine mesure de ses rigueurs primitives.

Dans une procédure à formules raides et étroites, comme celle de la loi Salique, la forme habituelle de la réponse à l'action du demandeur sera une négation pure et simple. On demeure frappé de l'analogie qui existe à cet égard entre la procédure de la loi Salique et celle des *legis actiones* dans l'ancien droit romain. Toutes deux limitent strictement le rôle du défendeur ; elles obligent le défendeur à répondre mot pour mot à la demande élevée en justice ; elles n'admettent pas de moyen terme entre un aveu complet ou une négation absolue. L'effet des procédures formalistes et rigoureuses est d'exclure l'exception[3].

[1] Waitz. Das alte Recht der salischen Franken.

[2] Sohm. La procédure de la Lex Salica. (traduction Thévenin).

[3] Brunner. La parole et la forme. Revue critique de législation et de jurisprudence. Année 1871-72, tome 38 page 334. — Siegel. Ge-

La notion de l'exception ne se rencontre donc pas dans les anciennes lois d'origine germanique. Un rapide examen du système de la défense dans les principales procédures exposées par la loi Salique va nous en fournir la preuve. On sait qu'il existe dans la loi Salique deux espèces de procédures bien nettement caractérisées: la première est une procédure d'exécution, conduite presque exclusivement par le demandeur ; la seconde plus perfectionnée est une procédure judiciaire, impliquant un débat contradictoire et aboutissant à un véritable jugement. Cette seconde procédure finira par absorber la première, et s'y substituera complètement.

I. Nous choisirons comme type du premier procès la procédure *ex fide facta*, qui s'applique aux obligations issues du contrat formaliste connu sous le nom de *fides facta*. Le titre L de la loi Salique nous indique la marche de la procédure *ex fide facta*. Le premier acte de cette procédure, dite d'exécution, est le *testare* ou sommation en forme faite au défendeur d'exécuter l'engagement contracté. Le *testare* ne se discute point. Le défendeur n'est admis à soulever aucune objection contre la sommation de son adversaire; il n'a qu'à choisir entre le paiement et le non paiement; et par le fait même qu'il refuse de payer, il encourt en sus de sa dette l'amende fixée par la loi de 15 à 30 sols [1]. En même temps le demandeur s'adresse à l'autorité judiciaire, afin de poursuivre avec le concours de celle-ci l'exécution que le débiteur a refusé de lui procurer. Alors intervient, à la suite du *testare* demeuré infructueux, une *mannitio ad*

schichte des deutschen Gerichtsverfahrens, tome I, pages 131, 136 et suivantes, page 179, note 10.

[1] Lex Salica, (éd. Hessels et Kern. Londres, 1880) tit. 50.

mallum[1], qui est ici à proprement parler un avertissement destiné à mettre le défendeur au courant de la procédure d'exécution qui se poursuit contre lui ; cette *mannitio* constitue plutôt une préparation à la procédure d'exécution qu'une invitation à prendre part à un débat judiciaire. En effet, dans la procédure *ex fide facta*, le demandeur est appelé à jouer un rôle prépondérant. Sohm[2] fait remarquer que la loi Salique suppose toujours la non comparution du défendeur invité par la *mannitio;* et en effet la procédure peut se passer du concours du défendeur. Finalement le créancier procède, avec le concours de l'autorité judiciaire, à la saisie des biens du débiteur jusqu'à concurrence du montant de la créance.

Il existe cependant au profit du défendeur un droit d'opposition à la poursuite intentée contre lui. La loi Salique n'en parle pas formellement. Mais la preuve de l'existence de ce droit d'opposition résulte à n'en pas douter de ce fait que le créancier, s'il a poursuivi à tort, s'expose à la même amende que le débiteur qui a refusé paiement. L'opposition du débiteur peut se baser soit sur une faute de procédure commise par le créancier, soit sur le défaut de fondement da la demande[3]. Ainsi le défendeur peut, lorsqu'il comparaît, ou bien critiquer la forme de la procédure d'exécution, et alors le demandeur qui n'a pas observé les formes prescrites,

[1] Lex Salica, tit. 1.

[2] Sohm. Procédure de la Lex Salica. (traduction Thévenin,) page 23.

[3] La contre attaque du débiteur, — écrit Thévenin, dans un langage quelque peu allemand, mais singulièrement expressif — peut être aussi bien dirigée contre la régularité *formelle* que contre la régularité *matérielle* de l'acte du demandeur. » Sohm. Procédure de la Lex Salica. (trad. Thévenin.) page 25.

« *si per ignorantiam pignoraverit,* » perd sa créance sans pouvoir renouveler la demande en justice ; ou bien détruire dans son fondement juridique la prétention du demandeur, et alors ce dernier est tenu, s'il n'était pas créancier, « *si male pignoraverit,* » de restituer les biens déjà saisis et de payer au défendeur l'amende de 15 sous[1]. En quelle forme le défendeur faisait-il valoir son droit d'opposition ? Les sources ne nous le disent point expressément. Sans doute il était astreint à se servir d'une formule légale et solennelle. Sohm conjecture que le défendeur s'opposait à la saisie dirigée contre lui, en ces termes : Tu me dépouilles injustement, « *contra legem et justitiam*[2]. »

II. A côté des procédures d'exécution, la loi Salique organise un débat contradictoire et judiciaire, la procédure *ex delicto.* Ici la poursuite débute non plus par un acte d'exécution, mais par un véritable ajournement, par une injonction adressée au défendeur de comparaître au tribunal pour y prendre part à un débat contradictoire, dans lequel chacune des parties joue un rôle égal Cet ajournement, c'est la *mannitio*[3], qui, naturellement se fait selon le rite formaliste établi par la loi. Au jour de la comparution, le demandeur élève son action basée sur le fait délictueux reproché à l'inculpé, et par l'acte formel du *tangano*, somme le défendeur de répondre[4]. Le défendeur, touché par le *hic ego te tangano* de son adversaire, se trouve dans l'obli-

[1] Lex Salica, tit. 74.
[2] Edit de Chilpéric, c. 7, (dans Lex Salica. éd. Hessels et Kern).
[3] Lex Salica, tit. 1.
[4] La formule solennelle du *tangano* est donnée par la Lex Salica, tit. 57.

gation de fournir une réponse à l'accusation. Quel est le caractère de cette réponse? La réponse consiste nécessairement dans un oui ou un non, tous deux également absolus. Ou bien le défendeur avoue simplement le fait dont il est accusé ; ou bien il nie le délit, et alors sa négation doit être complète et porter sur tous les points avancés par le demandeur[1]. Siegel a montré que le défendeur, dans la procédure germanique primitive, était contraint par l'effet même du *tangano* de répondre mot pour mot[2] à la demande formée contre lui. Ainsi le défendeur ne pourrait point reconnaître le fait du délit et en même temps joindre à son aveu une exception de paiement. Le *tangano*, dit Sohm[3], contraint l'inculpé « à faire une réponse satisfaisante au point de vue de la procédure. » Or, la procédure des lois barbares ne se contente pas d'une réponse fournie dans la forme détournée d'une exception ; la forme de la réponse sera nécessairement une négation directe et immédiate[4]. En veut-on la preuve? On la trouvera dans la loi des Ripuaires, qui abroge l'emploi du *tangano*

[1] Voir cependant Siegel. op. cit. page 140.

[2] Aux termes de la loi des Ripuaires, le défendeur est tenu de *commemorare* les *verba* employés par le demandeur : c'est-à-dire de répéter, de reproduire littéralement les termes de la demande. Lex Ripuariorum, tit. 58, § 19. (éd. Walter. Corpus juris germanici, tome I, page 182).

[3] Sohm. Procédure de la Lex Salica. (trad. Thévenin,) page 94.

[4] En ce sens : Siegel. op. cit. pages 131, 137 et suiv. — Brunner. Zeugen und Inquisitionsbeweis, page 44.— Thévenin. Procédure de la Lex Salica, page 92, note 3, — qui considèrent l'exclusion des exceptions dans la procédure de la loi Salique, comme une conséquence forcée de l'emploi du *tangano* par le demandeur. Sohm qui avait d'abord critiqué ce point de vue s'y est rattaché ensuite. (Sohm. Die frankische Reichs und Gerichtsverfassung. page 139, note 108).

dans un grand nombre de cas où il était impossible de répondre mot à mot[1]. Dans ces cas, où la loi Ripuaire prescrit que le défendeur *sine tangano loquatur*, la suppression du *tangano* aboutit précisément à faire admettre, de la part du défendeur, des réponses qui, dans les principes rigoureux de la loi Salique, n'eussent pas été regardées comme suffisantes. Ainsi primitivement, lorsqu'un *servus* avait commis un délit, le maître était tenu de comparaître en personne au tribunal et d'y répondre sur le fait de l'esclave ; la réponse étroite par oui ou non était imposée au maître, bien qu'il ignorât souvent la nature du fait dont son esclave était inculpé. La loi des Ripuaires supprime ici l'usage du *tangano*, et en conséquence autorise le maître, dans l'hypothèse où il n'est pas sûr de son esclave, à répondre : *Ego ignoro utrum servus meus culpabilis sit*[2]. Dans la procédure de la loi Salique, une telle réponse n'eût pas été admise.

Ajoutons enfin, touchant la procédure *ex delicto*, que la réponse de l'inculpé y exerce une influence décisive sur la marche de l'instance. En effet, si le défendeur reconnaît le délit, il intervient contre lui un jugement de condamnation. S'il nie, le jugement prononcé par le tribunal l'oblige à faire la preuve de sa non culpabilité, et alors s'ouvre une seconde phase du procès, sur laquelle nous n'avons pas à nous étendre ici.

Ainsi le système de la défense mot à mot ne laisse aucune place à l'exception. Nulle part dans la procédure de la loi Salique, l'idée que le défendeur puisse

[1] Lex Ripuariorum, tit. 30, § 1. — tit. 58, § 19. — tit. 59, § 8. (éd. Walter. loc. cit).

[2] Lex Ripuariorum, tit. 30, § 1. (éd. Walter. loc. cit).

échapper à la poursuite de son adversaire en invoquant un moyen de fait ou de droit qui ne contredit pas directement la demande, nulle part cette idée n'est saisissable. Est-ce à dire que le droit barbare ne mette à la disposition du défendeur aucune arme permettant à ce dernier de faire valoir en justice les prétentions qui à une époque plus avancée donneront naissance à des exceptions? Siegel pense que de telles prétentions ne pouvant être opposées à la demande sous forme d'exceptions, ont dû, dans le droit germanique, être invoquées par la voie distincte d'une action [1]. Ce serait là une ressemblance de plus à noter entre la procédure de la loi Salique et l'ancien système des *legis actiones*, qui, nous l'avons vu, était arrivé lui aussi à la pratique des actions récursoires, en partant du principe : *Une demande, une action*. Mais l'idée de Siegel n'a que la valeur d'une conjecture, sur laquelle il nous est difficile d'affirmer quoi que ce soit de positif.

Ce qui demeure à peu près certain, c'est que la notion de l'exception n'a pas existé dans les anciennes procédures d'origine germanique. Cependant, nous trouvons déjà dans la loi Salique un certain nombre de moyens qui, sans entrer dans le fond de la demande, peuvent être utilement opposés par le défendeur aux poursuites de son adversaire. Ces moyens ont pour but de tenir en suspens pendant un certain temps l'action du demandeur ; ils sont particulièrement intéressants pour nous, parce que nous les retrouverons dans le droit de l'époque féodale, traités comme des exceptions. Nous en citerons notamment deux : l'essoine et le délai de garantie.

[1] Siegel. op. cit. page 140.

On se rappelle que la procédure *ex delicto* débute par la *mannitio* ou sommation faite par le demandeur à l'inculpé de comparaître en justice dans un certain délai compté par nuits [1]. L'objet de cette *mannitio*, nous l'avons dit, est d'amener le défendeur à répondre sur tel fait délictueux [2]. La *mannitio* faite *legibus dominicis* [3], c'est à dire en forme régulière, oblige l'ajourné à comparaître au jour fixé, sous peine d'amende pour le cas de défaut. Cependant le défendeur peut se trouver empêché de venir en justice par un cas de force majeure. La loi Salique fixe les hypothèses dans lesquelles l'ajourné pourra se dispenser de comparaître, en invoquant une cause d'excuse légitime. L'excuse légale prend le nom de *sunnis :* elle se fonde principalement sur le service du roi [4], sur la maladie, sur un incendie, sur la mort d'un parent rapproché [5]. Enfin, le défendeur empêché de comparaître fait porter son excuse au tribunal par un messager [6]. Telle est l'origine de cette théorie des essoines qui jouera un si grand rôle au moyen âge. Nous la retrouverons dans Beaumanoir [7], qui présente l'essoine comme une exception dilatoire. D'ailleurs la faculté pour le défendeur de proposer une *sunnis* n'est pas spéciale à la procédure *ex delicto* ; elle trouve également

[1] Lex Salica, tit. 56.
[2] Lex Salica, tit. 96.
[3] Lex Salica, tit. 1.
[4] Non seulement l'absence pour le service du roi constituait une cause d'excuse, mais encore elle devait avoir pour effet d'annuler la condamnation prononcée par défaut. (Pardessus. Loi Salique, page 602).
[5] Lex Salica, tit. 1 et tit. 98.
[6] Edit de Chilpéric, c. 7, (éd. Hessels et Kern).
[7] Beaumanoir, ch. VII, n° 3.

son application au cas de *mannitio* faite dans la procédure *ex fide factâ*. Et d'une manière générale, la loi Salique subordonne toujours l'efficacité de la *mannitio* à la condition que le défendeur ne soit pas retenu par un empêchement légitime, « *si eum sunnis non detenuerit*[1]. »

Le délai pour amener garant est accordé par la loi Salique au défendeur à l'action en revendication mobilière. Lorsque le propriétaire d'un meuble perdu ou volé a découvert le possesseur actuel de sa chose, et que l'*anefang*, — sorte de mainmise sur l'objet mobilier, et en même temps acte de procédure destiné à contraindre le possesseur à venir au tribunal, — a eu lieu, on sait que le défendeur, dans le cas au moins où un délai de trois nuits s'est écoulé entre la dépossession du propriétaire et la découverte du meuble, peut exercer de son côté une vindication contradictoire et établir son titre d'acquisition. Le plus souvent il nommera un auteur, de qui il prétend tenir son titre. La loi Salique veut que cet auteur comparaisse devant le tribunal. A cet effet, elle autorise le défendeur à réclamer, pour produire son garant, un certain délai qui du reste varie selon les circonstances[2]. On reconnaît là le jour de garant du procès féodal. Le défendeur ayant obtenu le délai de garantie, invite formellement son auteur par la voie de la *mannitio* à comparaître. Si le garant fait défaut, c'est lui qui est tenu pour voleur du meuble, et alors le possesseur évincé aura contre son auteur le droit de se faire rembourser du prix de vente. Si le garant comparaît, il

[1] Lex Salica, tit. 1.
[2] Lex Salica, tit. 47.
Lex Ripuariorum, tit. 33, § 1. (éd. Walter).

est possible qu'une contestation s'élève entre lui et le prétendu acheteur sur le fait de la garantie ; c'est alors au garanti de faire la preuve à l'encontre du garant, sinon il sera réputé voleur de l'objet mobilier. Enfin, dans le cas où la preuve de la garantie serait apportée en justice, le garant a lui-même un nouveau délai pour produire son propre auteur. Lorsqu'il ne peut pas nommer de second garant, et qu'il n'établit d'ailleurs aucun titre originaire de propriété, il succombe et encourt la condamnation pour vol[1].

[1] Lex Salica, tit. 47. — Sohm. Procédure de la Lex Salica, (trad. Thévenin,) pages 68 et suiv.

CHAPITRE II

L'EXCEPTION DANS LES TRAITÉS DE DROIT ROMAIN DU Xe AU XIIe SIÈCLE

Nous venons de voir que la notion de l'exception n'existe à aucun degré dans les lois barbares d'origine germanique. Si cette notion est entrée dans la procédure féodale du moyen âge, ce ne peut donc pas être sous l'influence des traditions germaniques, qui cependant tiennent une si large place dans le procès formaliste du XIIIe siècle. Ainsi que nous l'avons pressenti, la théorie des exceptions a passé directement du droit romain dans les coutumiers et dans les styles de procédure; elle a fait son apparition dans notre ancien droit à une époque où tous les esprits accueillent avec empressement, et peut-être aussi sans contrôle, toutes les institutions juridiques d'origine romaine. Faut-il en conclure que le souvenir de l'exception soit demeuré complètement effacé jusqu'au XIIe siècle, jusqu'à la renaissance des études de droit romain? Ce serait aller trop loin. A l'époque même où les lois barbares ont été

rédigées, la législation romaine se maintient sur le territoire de la Gaule, grâce au principe de la personnalité des lois. Le droit romain continue à régir les sujets Gallo-romains : c'est pour eux que sont composés au VIe siècle les recueils tels que le Bréviaire d'Alaric ou le Papien, extraits principalement du Code Théodosien. Ces compilations entretiennent, même après l'invasion des Barbares, les institutions du droit romain sur le sol de la Gaule.

A la fin du Xe siècle, il est vrai, le principe de la personnalité des lois est fortement entamé. Toutefois nous retrouvons encore à cette époque la théorie des exceptions fidèlement reproduite dans des traités de droit romain. Nous citerons ces traités par ordre chronologique.

1. C'est d'abord le *Libellus de verbis legalibus*, datant de la première moitié du onzième siècle, et qui contient sous le titre *de Exceptionibus* un fragment assez important consacré à la matière des exceptions[1].

2. Le *Corpus Legum sive Brachylogus juris civilis*, qui semble avoir été rédigé au commencement du douzième siècle. D'après Savigny[2], ce traité serait d'origine lombarde. Fitting[3] pense au contraire que le *Corpus Legum* a été écrit à Orléans. Nous y trouvons un chapitre concernant la théorie des exceptions[4].

[1] Fitting. Juristiche Schriften des früheren Mittelalters, fragment 18, page 188.

[2] Savigny. Histoire du Droit romain au Moyen Age. (traduction Guénoux). tome II, page 160.

[3] Fitting. Ueber die Heimath und das Alter des sogenannten Brachylogus.

[4] Brachylogus, (éd. Lovanii 1761), liv. IV, ch. 28.

3. Les *Petri Exce(r)ptiones legum Romanarum* datent de la même époque. Plusieurs passages y traitent de l'exception. Notons au livre IV le chapitre 23 intitulé *de probanda et non probanda exceptione,* le chapitre 25 *de dilatoria exceptione*, enfin le chapitre 61 qui n'est que la reproduction de la loi 36 au Digeste de verb. obl. XLV, 1[1].

4. Enfin, dans les appendices aux *Petri Exceptiones*, qui ont été donnés par Fitting, nous avons aussi quelques fragments relatifs à notre sujet, entre autres les §§ 1, 64, 74, 75, 93, App. 1er[2].

Nous avons dit que ces divers traités reproduisent très exactement la théorie des exceptions telle qu'elle se trouve fixée dans le droit de Justinien. Voici d'abord la définition de l'exception, empruntée au *Brachylogus* (liv. IV, ch. 28). « Est autem exceptio contra actionem ipso jure tenentem, gratia ejus cum quo agitur, ex æquitate introducta defensio[3]. » Cette définition est conforme aux principes du droit classique; elle met bien en relief le contraste qui existe entre l'exception et la défense au fond, l'une s'attaquant à une action valable en droit pur, l'autre tendant à prouver l'inexistence absolue du droit et de l'action chez le demandeur. Toutefois l'auteur du *Brachylogus* a voulu préciser le fondement juridique des exceptions, et ici il est tombé dans l'erreur qui consiste à croire que toutes les exceptions

[1] Savigny. Histoire du droit romain au Moyen Age. (éd. Guenoux). tome IV, pages 297 et suiv.

[2] Fitting. op. cit. pages 151, 161, 162, et 164.

[3] Cf. Libellus de verbis legalibus, fragment 18. (Fitting. page 188.) « Exceptio est actionis elisio vel exclusio. » — Appendices aux Petri Exceptiones. App. 1er § 75 (Fitting. page 162) « Quid exceptio? Exceptio nihil aliud est quam actionis exclusio. »

se tirent de considérations d'équité. Un autre passage du même traité expose en termes irréprochables la distinction des exceptions et des défenses, et indique la fonction de l'exception qui est de paralyser une action fondée sur l'*ipsum jus*. « Hæ autem exceptiones tunc locum habent cum is qui convenitur jure quidem stricto tenetur actione. Si enim non tenet actio, nullo modo locum habet exceptio[1]. » Après l'exception, la réplique. « Quid replicatio? Replicatio est quasi exceptio qua adjuvatur intentio actoris[2]. »

Les traités divisent les exceptions en dilatoires et en péremptoires. « Exceptio alia dilatoria, alia peremptoria. Exceptio dilatoria est quæ differt causam. Exceptio peremptoria est quæ non solum causam differt, sed eam ex toto perimit[3]. » Et encore : « Peremptoria exceptio est quæ perimit totam causam ; ut tu debes mihi C solidos respondes : Vere debeo, sed tu fecisti mihi pactum ne a me amplius peteres[4]. »

Les exceptions énumérées sont les suivantes : 1° L'exception de dol[5]. En voici la définition très large : « Quid exceptio doli mali? Exceptio doli mali est quotiens reus ostendit actorem velle trahere occasionem juris ad inicum compendium[6]. » Ainsi il y a lieu à une excep-

[1] Brachylogus. liv. IV, ch. 28.

[2] App. aux Petri exceptiones, App. 1er § 74. (Fitting. page 162.) — Cf. Libellus de verbis legalibus, fragment 18. (Fitting. page 188.) « Replicatio est exceptionis elisio vel exclusio. » La suite de ce fragment 18 fait allusion à l'emploi d'une duplique et d'une triplique.

[3] Libellus de verbis legalibus, fragment 18. (Fitting. page 188).

[4] App. aux Petri exceptiones. App. 1er § 93. (Fitting. page 164).

[5] Brachylogus. liv. IV, ch. 28.

[6] App. aux Petri exceptiones. App. 1er § 64. (Fitting. page 161).

tion de dol, lorsque le stipulant a recouru à des manœuvres frauduleuses, pour obtenir l'engagement du promettant[1]. Quelquefois aussi, le dol résulte du fait même d'intenter l'action. Par exemple, le promettant s'est engagé à payer une certaine somme, qui ne lui a pas été comptée dans la suite ; en pareil cas, la stipulation prise en elle-même, est exempte de dol, et cependant le fait d'intenter l'action *ex stipulatu* constitue, de la part du demandeur, un acte de mauvaise foi. Ici encore, l'exception de dol sera opposable par le défendeur[2]. 2° L'exception *metûs*[3]. 3° L'exception *pacti*. Voici en quels termes il est fait mention de cette exception: » Nec sine causa diximus actiones pacto tolli : et si stricto jure maneant, tamen removentur exceptione[4]. » 4° L'exception *non numeratæ pecuniæ*, qui n'est accordée que « infra biennium[5]. »

A quel moment du procès les exceptions doivent-elles être proposées ? Les péremptoires peuvent sans doute être produites en tout état de cause. Quant à l'exception dilatoire, elle ne peut plus être proposée après la *litis contestatio*. Le défendeur qui persiste, malgré cette prohibition, à opposer une dilatoire après la *litis*

[1] Petri Exceptiones. lib. IV, cap. 61. (Savigny, loc. cit. page 367). « Si quis cum aliter convenisset obligari, aliter per machinationem est obligatus, erit quidem subtilitati juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest. Qui enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. » — Cf. loi 36. de verb. obl. XLV, tit. 1.

[2] Ibid. « Si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet, cum enim is petat ex ea stipulatione, hoc ipse dolo facit quod petit. » — Cf. loi 36, de verb. obl.

[3] Brachylogus. liv. IV, ch. 28.

[4] App. aux Petri exceptiones. App. 1er § 1. (Fitting, page 151).

[5] Libellus de verbis legalibus, fragment 18. (Fitting. page 188).

contestatio, est frappé d'une amende dont le profit revient au juge [1]. La *litis contestatio* s'opère d'ailleurs de la même façon que dans le droit de Justinien : « Cum judex in judicio per narrationem ab utraque parte causam audire cœpit [2].

Enfin les traités renferment sur la matière des exceptions un certain nombre de principes directement empruntés au droit romain classique. Citons entre autres la règle : « Nec ulla videtur actio quæ exceptione repellitur [3], » calquée sur la loi 112 au Dig. de reg. jur. De même la règle : « Item agere videtur qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est [4], » imitée de la loi 1 au Dig. de except. XLIV, 1.

On voit par ces extraits que les traités de droit romain du onzième et du douzième siècle avaient conservé le souvenir très exact de l'ancienne théorie des exceptions. Leur doctrine nous apparaît en tout cas comme bien plus conforme aux traditions romaines que la doctrine des Glossateurs à laquelle nous arrivons maintenant.

[1] Petri exceptiones. lib. IV, cap. 25. (Savigny, loc. cit. page 357). « Dilatoriam autem exceptionem semper in initio litis opponendam et probandam esse firmamus. Si vero quis tam stultus fuerit quod non eam in initio sed post litem contestatam ante judicium dilationem petierit, et petendo perseveraverit, libram auri judici dare compellitur. » — Cf. const. 12 au Code de except. VIII, 36.

[2] Petri Exceptiones, lib. IV, tit. 21. — Brachylogus, liv. IV, tit. 13 § 1. — Cf. loi un. au Code de lit. cont. III, 9. — E. J. Tardif. Etude sur la litis contestatio. (thèse 1881), page 260.

[3] App. aux Petri exceptiones, 1er app. § 1. (Fitting, page 151).

[4] Libellus de verbis legalibus, fragment 18. (Fitting. page 188).

CHAPITRE III

L'EXCEPTION DANS LES ÉCRITS DES GLOSSATEURS

A l'époque classique du droit romain, on oppose les exceptions aux défenses; et le contraste, qui sépare ces deux espèces de moyens, est nettement marqué. Les défenses tirées du droit civil, consistant dans la dénégation de l'*intentio*, tendent à mettre à néant l'action du demandeur ; les exceptions, d'origine prétorienne, s'attaquent à un droit consacré par l'*ipsum jus*, et aboutissent seulement à paralyser *jure prætorio* l'action fondée en droit pur. A cette différence dans le fond des idées correspond une différence de forme, ou si l'on veut, de procédure : les défenses par leur nature même, sont comprises dans le *si paret* de la formule, les exceptions n'y sont point contenues et forment l'objet d'une mention spéciale, d'une *adjectio* rédigée par le magistrat.

Les Glossateurs nous ont laissé deux théories de l'exception, une large et l'autre étroite. *Stricto sensu*, ils envisagent l'exception, comme une source de paraly-

sie des droits et actions, comme un moyen destiné à infirmer une *intentio*, qui cependant, selon l'expression de la Glose, « ipso jure tenet[1]. » Cette définition étroite se réfère visiblement à l'ancienne exception classique. *Lato sensu*, le mot exception embrasse tout ce que le défendeur peut mettre en avant pour triompher de son adversaire. Ainsi, je suis poursuivi en paiement d'une somme d'argent, et le demandeur a établi la preuve du fait juridique d'où est née sa créance ; je réponds que ma dette a déjà été payée, voilà au sens large du mot une *exc. solutionis*.

On avait nommé les exceptions dans le sens large *exceptiones facti* ou *intentionis*, dans le sens étroit *exceptiones juris* ou *actionis : exc. facti*, parce que le demandeur intente une action sans droit ; *exc. juris*, parce que l'action à laquelle elle est opposée, est valable *ipso jure*. « Quæ intentio vel ipso jure tenet et tunc dicitur exceptio actionis, vel ipso jure non tenet et tunc dicitur exceptio intentionis[2]. » Qualifications purement arbitraires et d'une subtilité vraiment excessive, mais qui répondaient bien au besoin qu'éprouvaient les Glossateurs de multiplier à l'infini les distinctions et les sous-distinctions, au risque de tomber parfois dans des subtilités dépourvues de sens[3].

Toutes ces définitions, que nous venons d'emprunter aux Glossateurs, se trouvent réunies dans le texte sui-

[1] Gloss. in fr. 2 Dig. de except. et præscr. liv. 44, tit. 1.

[2] Gloss. in fr. 2. Dig. de except. et præscr. liv. 44, tit. 1. — Cf. Gloss. in fr. 43 de reg. jur. — in fr. 44 de Obl. et Act. — in fr. 40 Cod. de transact, liv. 2, tit 4.

[3] Voir des exemples de cette tendance dans Bülow, Die Lehre von den Processeinreden, page 20, note 4.

vant d'Azo, que nous reproduisons en entier : « Est autem sciendum quod exceptio quandoque ponitur large, quandoque ponitur stricte. Large ponitur pro omni defensione quæ reo competit, etiamsi nulla actori competat actio, et tunc quidem vocant eam *exceptionem facti* : sed ego commodioribus verbis dico eam *exceptionem intentionis*. Stricte vero ponitur et *proprie* pro ea defensione quæ competit reo contra actionem competentem in eum. Sic ergo dicitur exceptio *actionis exclusio*[1]. »

Il n'est pas malaisé de constater dans ce fragment, combien la notion de l'exception était incertaine, environnée d'hésitations dans l'esprit des Glossateurs. Ainsi nous trouvons tour à tour, dans le texte du commentateur, deux doctrines et deux définitions contradictoires. La seconde doctrine, celle qui est qualifiée d'étroite, s'inspire assurément des traditions romaines : elle nous présente l'exception comme un moyen tendant à infirmer une action fondée en droit, *actionem competentem*. Cette définition que n'aurait pas désavouée un jurisconsulte romain, met donc bien en relief l'opposition qui existe entre l'exception et la défense proprement dite, cette dernière supposant que l'action du demandeur n'est pas valable, *si nulla actori competat actio*[2]. Et le commentateur ajoute que telle est l'idée véritable, — la seule exacte « *proprie* » — qu'il faut se faire de l'exception. Il semble donc que les Glossateurs aient su se rendre compte de la théorie romaine des exceptions, et

[1] Azo. Summa. Cod. liv. 8, tit. 36, de exc. sivè præscr. — Voir Bethmann-Hollweg. Der germanisch romanische Civ. Proc. im Mittelalter, tome VI, § 122 et note 5.

[2] Cf. Durand. Spec. de except. § I, n° 4. « Defensiones dicuntur proprié... »

qu'ils s'en soient pénétrés, puisque par moments, ils la reproduisent fidèlement.

Ailleurs encore, les Glossateurs essayent de s'en tenir au sens étroit de l'exception romaine. Ainsi la Glose (Inst. pr. de except. IV, 13), nous dira : « Exceptiones sunt arma reorum, et æquitate nituntur ad excludendum actiones quæ competunt actori ipso jure. » — Et encore : (Gloss. in fr. 44, § 2, Dig. de Obl. et act. liv. 44, tit. 7). « Unde ipso jure peti non potest, sic non est necessaria exceptio. » — (Gloss. in fr. 1. Cod. de except. liv. 8, tit. 36). « Imo videtur quod ipso jure sit tutus[1]. »

Mais ce ne sont là que des éclaircies à travers une théorie le plus souvent obscure, et les Glossateurs, à côté de ces aperçus exacts sur l'exception, nous ont laissé une seconde théorie, s'éloignant totalement des traditions romaines, et dans laquelle le mot exception se présente avec un sens beaucoup plus large. Les Glossateurs, dit Savigny[2], professaient des doctrines qui étaient loin de correspondre avec les idées reçues par la pratique contemporaine. Leur enseignement savant et théorique ne triomphait pas toujours dans la pratique. Des distinctions scientifiques comme celles du *jus civile* et du droit équitable, des défenses et de l'exception, pouvaient être exposées du haut d'une chaire, elles n'entraient pas dans la pratique. La pratique était

[1] Cf. Gloss. in const. 1. Sexti Decret, de lit. cont. liv. II, tit. 3. « Defensiones quæ ipso jure actiones tollunt ut solutio, acceptilatio, non proprie dicuntur exceptiones, cum non excludant actionem quia nulla est ibi actio. »

[2] Savigny. Römische Rechtsgeschichte im Mittelalter, tome V, page 201.

ignorante, elle ne comprenait pas ces distinctions; elle adoptait les termes traditionnels des distinctions romaines, sans adopter le fond des idées. Entre la théorie représentée par les Glossateurs, et les notions fausses qui avaient cours dans la pratique, régnait ainsi un conflit qui se terminait trop souvent à l'avantage de cette dernière.

En notre matière, ce fut la pratique ignorante qui l'emporta, et c'est à l'influence des idées de leur temps que les Glossateurs ont cédé, en consacrant dans leurs écrits la théorie large de l'exception. Cette théorie antiromaine, nous l'avons trouvée exposée dans le texte du commentateur Azo ; c'est elle également qui a inspiré les définitions suivantes, empruntées aux Gloses. (Gloss. in fr. 9, Dig. de exc. liv. 44, tit. 1) « Ponitur nomen exceptionis pro qualibet defensione contra intentionem. » — (Gloss. in fr. 1. Cod. de except. liv. 8, tit. 36). « Exceptio est defensio, intentio vel allegatio ejus cum quo agitur actione contraria. » Et ailleurs: (Gloss. in const. 1. Sexti Decret. de lit. cont. liv. II, tit. 3). « (Defensiones) large exceptiones dicuntur quia excludunt agentem. » — (Gloss. in const. un. Clem. de except. liv. II, tit. 10). « Exceptio est rei defensio per quam ipse reus se defendit et tuetur ab actore[1]. »

On voit combien ces définitions s'éloignent des principes romains. Selon cette doctrine large, qui triomphera en droit canon comme dans la procédure féodale, tout moyen opposé par le défendeur à la demande, constitue une exception. Que ce moyen tende à démontrer le défaut, l'inexistence absolue du droit et de l'action

[1] Cf. Durand. Spec. de except. § I, nº 4. « Largo tamen modo... »

chez le demandeur, ou qu'il aboutisse simplement à paralyser une prétention valable en elle-même, peu importe. Toute réponse à la demande, à moins cependant qu'il ne s'agisse d'une négation pure et simple, sera traitée d'exception. Dès ce moment, le mot exception entrera dans la pratique avec ce sens large, et telle est la force des habitudes de langage, même des plus vicieuses, qu'aujourd'hui encore notre Code Civil (art. 1360-1361), se sert du terme d'exception pour désigner toute espèce de moyens de défense opposés par le *reus* à la demande de son adversaire [1].

Tels sont les deux points de vue contradictoires que nous offrent les Glossateurs sur la matière des exceptions. Nous avons dit et nous constaterons bientôt que c'est la plus large des deux doctrines qui a été adoptée par les canonistes et par les praticiens, auteurs de traités de procédure civile. Cependant la notion romaine de l'exception n'a pas été entièrement éclipsée ; elle se conserve au moins théoriquement, et l'on retrouvera çà et là quelques vestiges des efforts qui ont été tentés parfois pour la faire revivre [2].

Au seizième siècle, l'opposition entre les deux doctrines subsistait toujours. Doneau essaye en effet de remonter le courant et de rappeler la notion véritable de l'exception romaine ; voici en quels termes il le fait : « Exceptio est defensio rei quæ *actioni alioqui jure constitutæ* opposita hanc ipsam *æquitatis ratione* excludit [3].»

[1] Voir aussi l'art. 2171 du Code Civil.

[2] Sur l'exception dans les écrits des Glossateurs : Bethmann-Hollweg. Der germ. rom. Civ. Process im Mittelalter, tome VI, § 122, pages 53 et suiv. — Knappe. Versuch einer Entwickelung des Begriffes der Exceptionen, § 32.

[3] Donelli Comment. jur. civ. lib. XXII, cap. 1, n° 3.

— « Sed quod non fit *ipso jure*, sæpe accidit ut in eo contingat debitori liberatio *per exceptionem*[1]. » Cujas au contraire s'en tient aux idées communément admises, et répète avec les Glossateurs : « Exceptio est intentio sive defensio ejus quocum agitur, actioni contraria, vel allegatio competens reo [2]. »

Nous citons ici, à titre de simple renseignement, quelques-uns des traités ou documents qui nous ont été laissés par les Glossateurs sur la matière des exceptions.

Bagarotus, qui écrit dès le commencement du treizième siècle, a composé un traité *de Exceptionibus dilatoriis et declinatoriis judicii*, où il est principalement question des exceptions de procédure, et auquel les manuscrits donnent aussi le titre de *Cavillationes*, (chicanes)[3]. On trouvera ce fragment édité dans le *Tractatus Universi Juris (*éd. Venet. 1584) tome III, pars 2. page 128.

Ubertus de Bonacurso, élève d'Azo, a écrit dans la première moitié du treizième siècle, un traité sur les exceptions dilatoires et péremptoires, sous le titre *Præludia Causarum*[4].

[1] Ibid. lib. XVI, cap. 22, n₀ 1.
[2] Cujas. Paratitla in Dig. lib. XLIV, tome I, Opera Omnia. (ed. Neapoli, 1722).
[3] Sur ce traité : Bethmann Hollweg. Der germ. rom. civ. Process im Mittelalter, tome VI, § 122, page 57. — Savigny, Röm. Rechtsgeschichte im Mittelalter, tome V, pages 136 et suiv.
[4] Bethmann-Hollweg. op. cit. page 58. — Savigny. op. cit. page 148.

Martinus de Fano a laissé un fragment, intitulé *de Exceptionibus impedientibus litis ingressum*, et rédigé vers le milieu du treizième siècle [1]. Son traité se trouve édité dans le *Tractatus universi juris* (éd. Venet. 1584) tome III, pars 2, page 103.

Nepos de Montauban a écrit à la même époque un traité assez considérable des exceptions, auquel nous aurons occasion de revenir, et qui porte le double titre : *Libellus fugitivus*, et *Libellus pauperum ;* l'ouvrage est en effet dédié aux pauvres et aux humbles, « pauperibus et minoribus » [2]. Deux éditions principales : l'une à la suite de la *Practica Forensis* de Masuer, (ed. Francof. 1571) l'autre dans le *Tract. Univ. Juris*, tome III, pars 2, page 105.

[1] Savigny, op. cit. pages 487 et suiv.

[2] Bethmann-Hollweg, op. cit. page 59. — Savigny, op. cit. page 502.

CHAPITRE IV

LES EXCEPTIONS DANS LE DROIT CANONIQUE

SECTION PREMIÈRE. — *Définition Canonique de l'Exception.*

Nous avons déjà dit que le droit canonique, s'inspirant des traditions romaines et empruntant au Code de Justinien les règles de sa procédure, avait puissamment contribué à restaurer la notion de l'exception au Moyen Age. Dès le treizième siècle, les canonistes interrogent soigneusement les sources romaines et s'efforcent de reconstituer dans toutes ses parties la théorie des exceptions. Nous devons ainsi à Tancrède et surtout à Durand, les deux canonistes les plus influents du treizième siècle, des renseignements fort développés sur cette théorie.

La théorie des exceptions dans le droit canonique se rapproche donc considérablement de la doctrine romaine. Malheureusement, les canonistes ne se sont pas

rendu un compte exact du caractère essentiel et distinctif de l'exception romaine ; ils ont reproduit la distinction des défenses tirées du fond et des exceptions, mais sans avoir bien saisi le contraste qui existe à Rome entre ces deux sortes de moyens. Aussi sont-ils visiblement embarrassés, lorsqu'ils ont à donner de l'exception une définition précise et certaine. Leur langage est mal assuré. Tantôt ils nous présentent l'exception comme un moyen destiné à paralyser, sans la contredire au fond, une demande conforme au droit pur[1] ; et ici il semble que le droit canon se soit parfaitement assimilé le point de vue romain. Tantôt au contraire, les canonistes tombant dans la même erreur que les Glossateurs, englobent indistinctement sous le nom d'exceptions toute espèce de moyens de défense opposés à l'action du demandeur. « Largo tamen modo possunt (defensiones) dici exceptiones, eo quod repellunt seu excludunt agentis intentionem »[2]. Si le langage était mal fixé, les idées ne l'étaient guère davantage. Où s'arrête le domaine de l'exception ? où commence celui de la défense ? Le problème n'est que très imparfaitement résolu par le droit canon ; et l'on peut, dans tous les cas, faire aux canonistes comme aux Glossateurs, le reproche d'avoir méconnu le fondement véritable et la signification historique de l'exception romaine.

On sait qu'à partir du treizième siècle, le droit canonique, afin de rendre les procès plus clairs et de mieux préciser les questions litigieuses qui s'élèvent entre les plaideurs, a organisé le système des *positiones* et des *responsiones*, destinées à déterminer nettement les

[1] Durand. Speculum. lib. II, de Except. § I, nº 1.
[2] Ibid. § I, nº 4.

propositions contestées [1]. C'est la procédure par voie d'articulation de faits; elle avait ses origines lointaines dans le système romain des *interrogationes in jure.* Ainsi le demandeur formait des propositions isolées portant sur les divers faits émis dans son libelle et nommées *positiones seu interrogationes*[2]*;* il les soumettait au défendeur afin que celui-ci se prononçât sur chacune d'elles en l'acceptant ou en la niant[3]. Tout ce que le défendeur répondait en dehors de cette affirmation ou de cette négation, était qualifié d'exception. Dans la pratique des tribunaux ecclésiastiques, l'exception pourrait donc se définir toute allégation du défendeur autre que la reconnaissance ou la dénégation pure et simple du fait avancé sous forme de *positio* par le demandeur.

[1] Const. unic, X. (Décr. Greg. IX.) de lit. cont. liv. II, tit. 5. -- Const. 53, § 3, X. de elect. liv. I, tit. 6.

[2] « Ponit Titius suo juramento quod fundus de quo agitur fuit Mævii. — Item ponit Titius juramento quod ipse Mævius vendidit sibi dictum fundum pro pretio decem librarum, etc.,. » Bonaguida, pars IV, tit. 1. (éd. Wunderlich, page 309).

[3] Les *positiones* et *responsiones* se font le plus habituellement après la litiscontestation. Elles forment en effet le préliminaire de la preuve, et celle-ci ne s'administre qu'après la litiscontestation opérée. Par exception, elles peuvent précéder la litiscontestation, quand la preuve elle-même doit précéder cette dernière. « Unde fiunt ante litis contestationem super exceptionibus dilatoriis quæ tunc probari debent. » Durand de positionibus, § IV, no 1. — Sur les *articuli* canoniques : Pfeiffer, Zeitschrift fuer Civilrecht und Prozess année 1855, tome 12, page 158. — Knappe. Versuch einer Entwickelung des Begriffes der Exceptionen, § 30, in fine, — Fournier. Les Officialités au Moyen Age, pages 178 et suiv. — Durand Spec, lib. II, part. 2, de positionibus.

SECTION DEUXIÈME. — *Division des Exceptions.*

Le droit canonique a repris comme division fondamentale, la division romaine des exceptions en péremptoires et dilatoires. Telle est notamment la division adoptée par Guillaume Durand, qui nous donne la définition des deux sortes d'exceptions. « Exceptiones peremtoriæ vocantur, quæ actionem perimunt, seu verius elidunt [1]. » — « Dilatoriæ vero sunt quæ causam differunt [2]. » Les exceptions péremptoires frappent de paralysie perpétuelle le droit auquel elles sont opposables, elles en détruisent complètement l'efficacité. Les exceptions dilatoires n'ont d'effet que pour un temps ; elles empêchent le triomphe actuel du demandeur, mais elles lui laissent la possibilité d'obtenir plus tard gain de cause.

A côté de cette division générale, Durand cite des exceptions *anomalæ* et des exceptions *mixtæ*. Les exceptions anomales tirent leur nom de ce que « normam non sequuntur aliarum. » Elles sont d'une nature douteuse. Et en effet, ce sont des exceptions à la fois péremptoires et temporaires : péremptoires en ce qu'elles anéantissent le droit du demandeur, temporaires en ce qu'elles ne peuvent être opposées par le défendeur que pendant un temps limité. Telles sont les *exc. non numeratæ pecuniæ, non numeratæ dotis*. Si on les envisage dans leurs

[1] Durand. Spec. de Except. § I, no 1.
[2] Ibid. § I, no 5.

effets, elles rentrent dans la catégorie des péremptoires ; et cependant, elles ne sont que temporaires, car elles ne sont opposables que pendant une certaine durée [1]. De même Durand cite l'*exc. excommunicationis* comme anomale. Cette exception, bien que dilatoire, peut en effet être formée utilement pendant toute la durée de l'instance, et même *post sententiam ;* il en est ainsi alors même que le défendeur aurait sciemment omis de l'opposer avant la litiscontestation [2].

Il faut encore mettre à part les exceptions dites *dubiæ sive mixtæ.* Voici ce que suppose Durand [3]: Je te poursuis en paiement d'une somme que tu m'as promise, et tu me réponds sous forme d'exception, que tu t'es engagé *sub conditione*, par exemple sous la condition *si Titius ascenderit Capitolium*, condition qui par hypothèse ne s'est pas encore réalisée. Ton exception est douteuse, *dubia vel mixta :* il n'est pas possible de dire actuellement si elle est péremptoire ou dilatoire. Elle est péremptoire, si la condition ne s'accomplit pas dans l'avenir ; elle est simplement dilatoire, si plus tard l'événement prévu *sub conditione* vient à se produire. Dans le doute, écrit Durand, nous traitons cette exception comme une péremptoire [4]. La vérité est plutôt que, dans l'espèce prévue par Durand, il n'y a pas d'exception du tout. Jamais à Rome le débiteur sous condition n'a dû recourir à l'exception pour écarter l'action intentée *pendente conditione.* C'est à proprement parler une défense au fond qu'invoque le débiteur, le droit du

[1] Durand. Spec. de Except. § I, n° 7.
[2] Ibid. § II, n° 7. — Const. 12, X, de Exc. liv. II, tit. 25.
[3] Durand. Spec. de Except. § I, n° 8.
[4] Cf. Papinien loi 56. Dig. de cond. indebiti, XII, 6.

créancier *sub conditione* n'ayant point d'existence jusqu'à l'événement de la condition. Pour qu'il y eût lieu à une exception, il faudrait que la condition *si Titius ascenderit Capitolium* eût été ajoutée après coup et par un simple pacte, le créancier s'étant interdit de rien demander au débiteur *donec Titius Capitolium ascendat*. En pareil cas, le défendeur ne pourrait invoquer le pacte qu'à l'aide d'une exception qui est réellement *dubia*, car il est impossible de dire au jour de l'instance si la condition s'accomplira ou fera défaut.

Enfin le droit canonique distingue des exceptions odieuses ou favorables, selon qu'elles sont inspirées par la haine portée au créancier ou par la faveur due au débiteur. Comme exception odieuse, on cite généralement l'exception du sénatus-consulte Macédonien, qui a été introduite en haine des prêteurs, et comme exception favorable, l'exception du Velléien organisée en faveur des femmes. Pour apprécier l'intérêt de cette distinction, déjà formulée par la loi 40 pp. au Dig. de cond. indebiti, il faut supposer que le débiteur étant investi d'une exception d'ailleurs péremptoire, a payé. Y aura-t-il répétition de l'indû ? Oui, s'il s'agit d'une exception favorable, par exemple de l'*exc. Velleiani;* non, si l'exception est odieuse, et tel est le cas de l'*exc. Macedoniani*[1].

Toutes ces distinctions ont passé, des traités de procédure canonique, dans nos coutumiers et dans la pratique des tribunaux laïques.

I. *Exceptions Dilatoires*. — Les canonistes distinguent deux sortes d'exceptions dilatoires. On range dans une

[1] On retrouvera la distinction des exceptions odieuses ou favorables dans Imbert. Enchiridion ou brief recueil de droit escrit, page 166.

première classe les exceptions dites *dilatoriæ judicii*, fondées sur une faute où un vice de procédure dans la demande. La seconde classe comprend les exceptions *dilatoriæ solutionis*, fondées sur ce que le droit déduit en justice n'est pas encore exigible, la dette n'étant pas échue[1].

A. *Exceptions Dilatoriæ judicii.* — L'exception *dilatoria judicii* suppose une demande qui, fondée en elle-même, est entachée d'un vice de procédure tel qu'elle ne peut être admise en justice. Nous citerons notamment les exceptions d'incompétence,ou *declinatoriæ fori*, qui dans les Ordines judiciorum canoniques ne forment pas,comme dans les coutumiers du quatorzième siècle, une classe distincte des dilatoires proprement dites; l'exception tirée de l'incapacité du juge, par exemple si le juge est serf, infâme ou excommunié; l'exception fondée sur une cause de suspicion légitime du juge, que nous retrouverons dans la procédure civile. Ce sont là des exceptions tirées de la personne du juge. D'autres se tirent de la personne du demandeur, lorsque ce dernier est incapable d'agir en justice, ou bien de la personne de son procureur : le droit canonique admet en effet la représentation judiciaire. Nommons encore, parmi les *dilatoriæ judicii*, les exceptions *loci non tuti*, *libelli obscuri vel inepti*, *præjudicialis*, *connexitatis causarum*,etc...et les exceptions *excommunicationis* et *spolii*, deux créations canoniques sur lesquelles nous reviendrons bientôt.

Il n'est pas sans intérêt de discuter un instant la qualification de *dilatoriæ judicii*, décernée aux diverses

[1] Durand. Spec. de except. § II, pp. et n° 1.

exceptions que nous venons d'énumérer. Dans le langage et dans la pensée des canonistes, toutes ces exceptions de procédure ont pour but, non pas de combattre la prétention du demandeur, mais simplement de faire constater une irrégularité dans la marche de la procédure, dans le *modus procedendi*. Elles ne s'attaquent donc pas à la demande elle-même, aux *merita causæ;* elles tendent simplement à suspendre le cours du procès irrégulier, *ad declinandum vel effugiendum judicium*, à empêcher la litiscontestation, *ad impediendam litis contestationem*. Elles ont donc pour dernier effet de mettre obstacle à la formation de l'instance. Tel est le point de vue des canonistes ; tel était aussi celui des Glossateurs, qui croyaient trouver dans les compilations de Justinien deux sortes d'exceptions dilatoires : les unes simples exceptions de procédure ou *dilatoriæ judicii*, les autres *dilatoriæ solutionis* ou dilatoires proprement dites[1].

Toute cette théorie des exceptions de procédure, qu'on rattachait ainsi au droit romain, reposait en réalité sur une erreur. On a cru qu'à Rome les exceptions tirées d'infractions aux lois de la procédure, ont pour effet de suspendre l'instance et d'empêcher la litiscontestation. C'est une manière de voir inexacte. Mettons à part les *præscriptiones pro reo* qui, même à l'époque de Gaius, ne se confondent pas avec les exceptions véritables On sait que toutes les exceptions romaines, sans distinction aucune, sont examinées *in judicio* seulement, c'est-

[1] Sur le développement historique de la théorie des *Prozesseinwendungen* ou *dilatoriæ judicii* en Allemagne, voir Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen, pages 22 et suivantes.

à-dire à un moment où le droit du demandeur se trouve déjà déduit en justice ; elles ne peuvent donc en aucun cas avoir pour but d'empêcher la litiscontestation. Toute exception, quelle qu'elle soit, aboutit invariablement à une absolution du défendeur, et à une absolution définitive. C'est ainsi que les *exc. procuratoria* ou *cognitoria*, admises par le juge, produisent à l'encontre du demandeur des effets aussi énergiques qu'aucune exception péremptoire: elles lui font perdre son droit, bien qu'elles ne soient que de simples exceptions de procédure; et c'est précisément en ce sens qu'on a pu dire des exceptions romaines qu'une fois insérées dans la formule, elles sont toutes péremptoires.

Les canonistes et les Glossateurs commettaient donc une méprise, lorsqu'ils croyaient emprunter au droit romain la théorie des exceptions de procédure. La notion d'une exception *dilatoria judicii*, c'est-à-dire d'une exception *quæ litem differt*, est certainement une notion étrangère aux Romains[1]. Remarquons au surplus qu'en fait, un grand nombre d'exceptions *dilatoriæ judicii* du droit canonique, entre autre l'exc. d'incompétence et l'exc. *præjudicialis*, répondent à des *præscriptiones pro*

[1] La division des dilatoires en *declinatoriæ judicii* et en *dilatoriæ solutionis*, ou si l'on aime mieux, la distinction d'exceptions dilatoires s'attaquant à la forme de la demande, (*modus procedendi*) et de dilatoires s'attaquant à la demande elle-même, (*merita causæ*) est absolument inconciliable avec les idées romaines. Nous n'en voulons pour preuve que la définition bien connue d'Ulpien, dans la loi 2 pp. au Dig. de except. Toute exception, dit le jurisconsulte, combat la demande même à laquelle elle est opposée, *ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est*. (Cf. Gaius. IV, 123). Ce texte établit positivement qu'à Rome les exceptions, fussent elles tirées d'une simple faute de procédure, ont pour effet d'écarter, d'exclure non pas le *judicium*, mais bien la *res in judicium deducta*.

reo ; or les *præscriptiones* romaines aboutissent, on le sait, à un dessaisissement temporaire et laissent intact le droit du demandeur auquel elles ont été opposées avec succès[1].

Nous avons annoncé quelques détails sur l'exception d'excommunication. Cette exception est une création de l'Eglise. L'excommunié, étant retranché de la communion de l'Eglise, c'est-à-dire rejeté en dehors de la société ecclésiastique, ne peut plus exercer aucun droit dans cette société; notamment il ne peut plus se présenter devant les tribunaux ecclésiastiques pour y intenter une action par lui-même ou par procureur, car pour constituer procureur il faut être capable d'ester soi-même en justice[2]. Incapable d'ester en justice comme demandeur, l'excommunié peut y défendre[3]. « Excommunicatus non potest convenire, sed conveniri[4]. » Mais il ne peut y défendre que par le ministère d'un procureur. « Conveniri potest, et debet per alium in judicio respondere[5]. » L'exc. d'excommunication se donne non seulement contre le demandeur,

[1] Sur la théorie des exceptions dites de procédure : Bülow. Die Lehre von den Processeinreden. Dans cette monographie, l'auteur s'attache à ruiner la théorie des exceptions de procédure, telle qu'elle a été reconstituée par les Glossateurs et les canonistes. — Schwalbach. Zur Geschichte der Lehre von den Processeinreden, dans la Zeitschrift der Savigny Stiftung f. Rechtsgeschichte, année 1881, page 199.

[2] Tancrède. Ord. jud. pars I, tit 6, § 3, « cum talis est causa, in qua ipse in persona propria litigare posset. »

[3] Sur tous ces points : Fournier. Officialités au Moyen Age, page 131. — München. Das canonische Gerichtsverfahren und Strafrecht, tome I, page 289.

[4] Durand. Spec. de except. § II, n° 10.

[5] Const. 7. X de iudiciis, liv. II, tit. 1.

mais encore contre le procureur frappé d'excommunication, car les excommuniés ne peuvent pas recevoir de mandat *ad litem* [1], enfin contre le juge lui-même.

L'exc. d'excommunication, à la différence des autres dilatoires, peut être opposée en tout état de cause [2] ; et si le défendeur ne la propose point, le juge devra d'office repousser le demandeur, à la condition d'ailleurs que celui-ci se trouve dans la classe des *vitandi* [3]. Enfin lorsque ni le défendeur, ni le juge n'opposent au demandeur l'excommunication, l'exception peut encore être soulevée *post sententiam ;* en effet la sentence rendue au profit d'un demandeur excommunié est radicalement nulle [4].

Pour mettre un terme aux abus auxquels donnait lieu l'exception d'excommunication, que les défendeurs, paraît-il, élevaient fort souvent sans aucun fondement et par pure malice, « *per malitiam*, le pape Innocent IV [5], dans une constitution rendue au concile de

[1] Sexti Decr. liv V, tit. 13, de reg. jur. reg. 67 : « Quod alicui suo non licet nomine, nec alieno licebit. »

[2] Sur la forme de cette exception : Durand. Spec. de except. § IV, no 21. — Cf. Bocksdorffs Gerichtsformeln, no IX, bei Böhlau. (Rudorffs Zeitschrift fur Rechtsgeschichte. t. I, p. 447).

[3] Durand. Spec. de except. § II, nº 9 : « Judex potest ex officio excommunicatum a judicio repellere. »

[4] Il en est de même de la sentence rendue par un juge excommunié. Tancrède. Ord. jud· Pars IV, tit. 2. (éd. Bergmann. page 276). — Durand. Spec. de Except. § II, nº 8.

[5] Le pape Innocent IV, (1243-1254) a écrit un traité des exceptions, composé principalement d'éléments romains et canoniques, et divisé en treize titres qui s'occupent en particulier d'exceptions de pure procédure. Ce traité se trouve édité dans le Tractatus universi juris, tome III, pars 2. (Venet, 1584, pages 104 et 105). Sur ce traité : Bethmann-Hollweg. Der Germanisch-romanische civil Process im Mittelalter, tome III, page 59. — Sarti. De claris archigymnasii

Lyon en l'année 1245 [1], subordonna l'usage de cette exception aux conditions suivantes. Le défendeur commencera par indiquer la nature de l'excommunication dont est atteint le demandeur et le nom de l'*excommunicator* ; un délai de huit jours lui est accordé pour établir la preuve des faits d'où résulte l'excommunication. Si le défendeur ne fait pas cette preuve, il sera repoussé et paiera les dépens ; mais il pourra élever une seconde fois l'exception, en essayant de produire des preuves nouvelles. Enfin, un troisième essai n'est permis qu'autant qu'une nouvelle sentence d'excommunication aurait été portée depuis le second échec du défendeur, ou si la preuve d'une excommunication antérieure devenait manifeste.

Une exception fort en usage dans notre ancienne procédure est *l'exc. spolii*, accordée au défendeur dépossédé par dol ou violence. Cette exception est l'œuvre du droit canonique. A une époque où la propriété est exposée à toute espèce de violences, l'Eglise cherche à affermir et à garantir les droits des possesseurs. De là l'importance attachée par les canonistes à l'idée de possession ; de là aussi l'institution, à côté des interdits romains *Uti possidetis* et *Unde vi*, du *remedium Spolii*.

Ce *remedium Spolii* se base sur le principe fameux : *Spoliatus antè omnia restituendus*, principe qui prenait son fondement dans la constitution *Redintegranda*, formant le canon 3 Decreti secunda pars. Causa III. Quæst. 1. Le *remedium spolii* a exercé au Moyen Age

Bononiensis professoribus, tome I, page 347. — Stintzing. Geschichte der populären Literatur des römisch canonischen Rechts, page 287.

[1] Sexti Decret. Const. d'Innocent IV, 1, de except. liv. II, tit. 12.

et sur toute notre ancienne procédure une grande influence. Il est double : il consiste d'une part dans une action *spolii* dont nous n'avons pas à nous occuper, et d'autre part dans l'*exc. spolii*. Le but immédiat de cette exception est de dispenser le défendeur de répondre, tant qu'il n'aura pas été restitué contre la spoliation dont il est victime[1]. Elle n'a donc pas pour effet direct de faire rentrer le défendeur dans la possession perdue ; une exception ne peut en effet aboutir qu'à faire absoudre le défendeur[2]. Seulement, comme elle est examinée avant tout autre point, et qu'elle soustrait le défendeur aux poursuites du demandeur tant que restitution n'est pas faite[3], elle aboutit indirectement à la restitution.

L'exc. spolii a une sphère d'application fort large. Les canonistes, en reprenant la théorie romaine de la possession, l'ont considérablement élargie.

1. En premier lieu, l'*exc. spolii* protège toute espèce de droits, corporels ou incorporels, et non seulement ceux relatifs aux biens, mais même les droits qui se rattachent à l'état des personnes. C'est ainsi que l'Eglise reconnaît, à côté de la possession des choses corporelles, *une possessio juris* ou possession de droits personnels, à laquelle elle étend le *remedium spolii*[4]. Ainsi encore, la maxime *Spoliatus antè omnia restituendus*

[1] Sexti Decr. const. 1, pp. de rest. spol. liv. II, tit. 5 « Habet enim spoliatus privilegium ut non possit exui jam nudatus. »

[2] Const. 2, § 1, X, de ord. cogn. liv. II, tit. 10. « Verum spoliatione in modum exceptionis tantum probata, non est per hoc restitutio facienda. »

[3] Const. 2 pp. X, de ord. cogn. liv. II, tit. 10. « Quum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere. »

[4] Const. 17. X, de rest. spol. liv. II, tit. 13.

s'appliquerait dans une instance entre mari et femme, lorsque le mari a été abandonné par sa femme ou la femme répudiée par son mari ; tous deux peuvent recourir à notre exception pour se faire restituer par le juge, avant d'aborder le fond du débat [1].

2. En second lieu, l'*exc. spolii*, qui n'est cependant qu'un simple moyen possessoire, protège non seulement les possesseurs proprement dits, mais encore les détenteurs. A Rome, l'interdit *Undè vi* était fondé sur la possession juridique, on le refusait au simple détenteur. C'était logique: un simple détenteur, alors même qu'il subirait une expulsion de fait, ne peut pas se dire dépossédé, et ne peut pas exercer l'interdit pour recouvrer une possession qu'il n'a jamais eue [2]. Lorsqu'au treizième et quatorzième siècles, le *remedium spolii* commence à se développer, l'Eglise se montre plus énergique que le droit romain ; elle accorde notre exception au fermier, au locataire, au dépositaire et à tous autres détenteurs. Les détenteurs sont donc protégés, sinon contre les troubles de fait, du moins contre les expulsions violentes ou simplement injustes [3].

3 Enfin, *l'exc. spolii* ne suppose pas nécessairement une dépossession résultant de faits de violence. Au début la violence caractérisée a été l'une des conditions du *remedium spolii.* Plus tard, la règle *Spoliatus antè omnia restituendus* s'applique toutes les fois que le dé-

[1] Const. 8. X, de rest. spol. liv. II, tit. 13. — Fournier. Officialités au Moyen Age, page 165.

[2] Accarias, tome II, no 971, page 1365.

[3] Mais les détenteurs n'ont pas de moyen possessoire pour faire cesser les simples troubles.

fendeur se trouve dépouillé injustement, par un fait illicite, de sa chose ou de son droit.

En résumé, *l'exc.spolii* est accordée à toute personne, possesseur ou détenteur, dépouillée par violence, dol ou tout autre acte illicite, d'une chose, d'un droit ou même d'une possession d'état à elle appartenant [1].

Mais, le défendeur ne peut invoquer *l'exc. spolii* que contre le spoliateur lui-même, fût-il d'ailleurs le véritable propriétaire, ou contre le tiers qui a sciemment reçu la chose du spoliateur [2]. L'exception ne pourrait donc pas être opposée au demandeur qui ne serait point l'auteur de la spoliation. Telle est du moins la règle en matière civile. En matière criminelle, au contraire, le défendeur peut se prévaloir de la maxime *Spoliatus* à l'encontre de l'accusateur, alors même que celui-ci ne serait pas l'auteur de la spoliation [3].

L'exc.spolii appartient au groupe des *dilatoriæ judicii*. Elle tend en effet à soustraire, jusqu'après restitution, le défendeur à la poursuite *in judicio*. Elle est donc de celles qui s'opposent dès le début de l'instance, et de fait, le défendeur la perd, lorsqu'il accepte de plaider sur le fond du procès. Le spolié n'a d'ailleurs qu'une seule chose à prouver, c'est le fait de la spoliation ; cette preuve doit être apportée dans un intervalle de quinze jours, à dater du jour de la production de l'exception [4].

[1] Sur tous ces points : Glasson. Sources procédure civ. franç. (Nouv. Rev. Hist. 81). pages 421 et 422. — Fournier. Officialités au Moyen Age, pages 164 et suiv. — München. Canonische Gerichtsverfahren, tome I, page 97. — Bourcard. Des actions possessoires.(thèse 1880) pages 141 et suiv.

[2] Const. 18, X, de rest. spol. liv. II, tit. 13.

[3] Sexti Decret. const. 1, de rest. spol. liv. II, tit. 5.

[4] Sexti Decret. const. 1, pp. de rest. spol. liv II, tit. 5. « Sed si se

La preuve faite, le spoliateur ne pourra opposer aucune exception, ni soulever aucun autre moyen, pour échapper à l'obligation de restituer [1]. Le défendeur se trouve donc dispensé de répondre au fond, tant qu'il n'a pas recouvré la chose avec tous ses fruits et accessoires, et même des dommages-intérêts s'il y a lieu.

Telle est cette *exc. spolii* qui a joué un rôle si important dans la procédure canonique. Les canonistes avaient poussé jusqu'à ses conséquences extrêmes le principe *Spoliatus antè omnia restituendus*. Le pape Innocent IV avait bien essayé de restreindre l'usage de notre exception, dont la pratique favorisait l'abus. Dans une constitution rendue au concile de Lyon, il avait déclaré restreindre l'exception aux instances criminelles [2]. Mais la pratique n'acceptait pas ces restrictions, et le *remedium spolii* continue à s'étendre dans les siècles suivants.

Du droit canonique, la maxime *Spoliatus antè omnia restituendus* a passé dans les écrits de nos anciens jurisconsultes. On la trouvera déjà dans Beaumanoir, nettement formulée : « Et par cel jugement pot on veoir que, de quelque coze je soie en saisine, et que le saisine soit bone ou malvese, et de quelque tans que ce soit, soit grans ou petis, qui m'oste de cele saisine sans ju-

spoliatum reus asserat, infra 15 dierum spatium post diem in quo proponitur, quod asserit comprobabit : alioquin in expensis quas interim actor ob hoc fecerit, iudiciali taxatione prœhabita condemnetur. »

[1] Const. 1 et 2. X. de rest. spol. liv. II, tit. 13.

[2] Sexti Decret. const 1, pp. de rest. spol. liv. II, tit. 5. « Illum autem spoliatum intelligi volumus in hoc casu quum criminaliter accusatur, qui tota sua substantia vel majore parte ipsius se per violentiam destitutum affirmat. »

gement ou sans justice, *je dois estre resaisis avant toute œvre*, si je le requer [1]. » Beaumanoir fait manifestement allusion ici au *remedium spolii*; et si l'on compare le passage que nous venons de citer avec les fragments 1 à 3, ch. XXXII des coutumes de Beauvoisis, l'on sera obligé de reconnaître que Beaumanoir distinguait déjà deux actions possessoires, la *complainte*, fondée sur la saisine d'an et jour et accordée au cas de simples troubles, et la *réintégrande*, au cas de spoliation, qui n'exige pas la possession annale et qui prend son fondement dans la maxime *Spoliatus ante omnia restituendus* [2].

Nos anciens jurisconsultes ont-ils adopté cette maxime dans les termes larges du droit canon ? l'ont-ils appliquée notamment au simple détenteur? Cette dernière extension ne semble pas avoir été admise comme doctrine générale [3]. Dans tous les cas, si nous nous transportons sous l'empire de l'Ordonnance de 1667 qui, bien qu'en ait dit Pothier [4], distingue dans son titre 18 les deux actions en complainte et en réintégrande, nous relevons chez les auteurs une tendance marquée à repousser la doctrine canonique et à accorder la réintégrande aux seuls possesseurs ; c'était un retour vers les idées romaines. Voici dès lors quelle était la doctrine reçue dans le dernier état de notre droit. Les au teurs séparaient les deux actions possessoires, com-

[1] Beaumanoir. ch. XXXII, nº 23.

[2] Bourcard. Des actions possessoires. (thèse 1880) pages 188 et suiv. — En sens contraire, Alauzet. Histoire de la possession et des actions possessoires, pages 154 et 155, qui pense qu'au temps de Beaumanoir, la réintégrande n'était pas accordée au possesseur non annal.

[3] Bourcard. op. cit. page 194.

[4] Pothier. De la possession, n 84.

plainte et réintégrande. La complainte était donnée, en cas de simples troubles, au possesseur qui possède depuis l'an et jour. La réintégrande était accordée au possesseur, même lorsqu'il n'a pas la possession annale. Mais ni l'une ni l'autre des deux actions n'était accordée au simple détenteur.

Tel était le système qui avait prévalu, lorsque notre Code de Procédure a été rédigé ; tel est aujourd'hui encore, au milieu des controverses qui s'élèvent sur la nature et les conditions d'exercice de la réintégrande, le système auquel nous nous rattachons pour notre part. Nous pensons que la réintégrande, action nettement distincte de la complainte, ne suppose pas nécessairement une possession annale, mais exige logiquement la possession juridique ; la réintégrande n'est donc pas ouverte aux détenteurs [1]. La jurisprudence, moins logique et rompant avec les traditions des derniers siècles, en est revenue au système des canonistes, et accorde la réintégrande non seulement aux possesseurs de moins d'une année, mais encore aux simples détenteurs : solution manifestement contraire aux principes fondamentaux de la théorie de la possession.

B. *Exceptions Dilatoriæ Solutionis.* — L'exception *dilatoria solutionis* se fonde sur ce que le droit du demandeur n'est pas encore exigible. Il ne s'agit plus ici d'une exception de procédure, mais bien d'une exception dirigée contre la demande elle-même. L'exception *dilatoria solutionis* résulte le plus habituellement d'un

[1] Voir la note très heureusement motivée en ce sens de M. Glasson. (Boitard. Leçons de procédure civile, 14e édition,) pages 704 et 705. — Dans le même sens, Bourcard, op. cit. pages 241 et suiv.

terme accordé par le demandeur, soit dans le contrat[1], soit par un pacte *de non petendo.* Tancrède cite encore comme exemple d'exception *dilatoria solutionis*, le cas où le défendeur condamné dans une action personnelle serait poursuivi, dans les quatre mois qui suivent la condamnation, en exécution de la sentence [2]. On sait en effet que le demandeur ne peut pas, avant l'expiration d'un délai de quatre mois, procéder à l'exécution d'une sentence rendue en matière personnelle [3].

A Rome, l'exception dilatoire, une fois démontrée devant le juge, eût entraîné l'absolution définitive du défendeur, à cause de l'effet extinctif de la *litis contestatio.* Mais, on se rappelle que cet effet extinctif a disparu dans la procédure de Justinien, et par suite dans la procédure canonique. Repoussé par une exception dilatoire du paiement, le demandeur pourra en temps opportun reprendre son action et obtenir gain de cause.

II. *Exceptions Péremptoires.* — C'est peut-être à l'égard des exceptions péremptoires que les canonistes tombent dans les plus graves erreurs. Non seulement ils ont le tort de conserver les noms traditionnels de péremptoires romaines à des moyens qui, selon une remarque déjà faite, devraient donner naissance en droit canon à de véritables défenses au fond[4]; mais en-

[1] A Rome, au contraire, la demande intentée au mépris du terme contractuel, était repoussée non pas à l'aide d'une exception, mais bien par l'effet de la *plus petitio.*

[2] Tancrède. Ord. jud. Pars II, tit. 5, § 2.

[3] Fournier. Officialités au Moyen Age, page 228. — Const. 15, X, de sent. et re jud. liv. II, tit. 27.

[4] Tel est le cas des exceptions *metus*, *pacti*, etc... — Const. 2, X. de his quæ vi. liv. I, tit 40. — Const. 4, eod. tit. — Const. 3, X, de pact. liv. I, tit. 35.

core ils en arrivent à traiter comme péremptoires des moyens, qui même dans les idées romaines engendraient une défense *ipso jure* [1]. Nous aurons plus tard l'occasion de revenir sur ces critiques, lorsque nous donnerons pour le procès féodal l'énumération des principales péremptoires admises dans notre ancien droit. La théorie des exceptions péremptoires est en effet exactement la même en droit canon et dans le droit coutumier. Nous nous bornons donc à renvoyer au procès féodal le développement de cette théorie et l'énumération des principales péremptoires.

Les canonistes caractérisent l'exception péremptoire en faisant observer qu'elle est perpétuelle. « Est autem peremptoria exceptio quæ semper obstat agenti, etiamsi cessavit agere per mille annos [2]. » Quelle que soit l'époque à laquelle le demandeur intente son action, l'action vient se briser contre l'exception. Quant aux effets de l'exception péremptoire, Durand établit une distinction purement théorique, selon que l'exception est opposée avant ou après la *litis contestatio*. « Et nota quod exceptio peremptoria ante litis contestationem opposita, proprie est intentionis exclusio ; post litem contestatam opposita, est actionis exclusio [3]. » La nuance est subtile et nous paraît assez difficile à saisir.

Signalons enfin parmi les péremptoires un groupe d'exceptions, dites *litis finitæ*, qui tendent en effet à empêcher le procès. Ce sont les exceptions de prescrip-

[1] C'est ainsi que Durand (Spec. de lit. cont. § II, n° 24) envisage comme une simple exception la défense tirée de l'usucapion dans une action en revendication immobilière.

[2] Durand. Spec. de Except. § I, n° 3 et § IV, n° 49.

[3] Durand. Spec. de Except. § I, n° 3.

tion, de transaction, de chose jugée. Elles se fondent sur une cause d'extinction du droit d'agir en justice, et doivent dès lors être soulevées au début de l'instance, pour arrêter immédiatement la procédure.

SECTION TROISIÈME. — *Ordre de présentation des exceptions et Rapport de l'exception avec la litis contestatio.*

A quel moment du procès et dans quel ordre le défendeur est-il tenu de produire ses exceptions?

Le procès canonique s'ouvre par la présentation au juge du *libellus conventionis* ou requête exposant d'une manière générale l'objet de la demande. Le juge cite devant lui les deux parties et leur donne lecture du *libellus*; puis il leur assigne le jour auquel elles devront revenir en justice. Cet ordre de comparution, c'est la citation [1].

Lorsque la partie citée comparaît, deux situations sont possibles. Ou bien elle oppose à la demande une contradiction directe, une dénégation absolue, et alors la litiscontestation se trouve immédiatement engagée [2]. Ou bien elle évite de répondre à la demande et

[1] A côté de cette citation verbale, donnée en présence des deux parties, il existe aussi une citation écrite ou par lettre, adressée par le juge au défendeur. (Fournier. Officialités au Moyen Age, pages 142 et suiv.).

[2] « Finitis induciis, reus venire debet ad judicium. Respondere tenetur actori super petitione sua, affirmando vel negando illud quod actor contra eum proposuit, sive proponit. Et ista affirmatio

elle soulève des exceptions. Le juge peut même à ce moment accorder des délais dont le défendeur profitera pour délibérer sur la conduite à tenir[1].

Le défendeur est-il tenu de présenter, dès le début de l'instance, toutes ses exceptions? Non: les canonistes distinguent entre les exceptions dilatoires et les péremptoires. Les premières doivent être proposées avant le moment de la *litis contestatio*[2]. Une fois la *litis contestatio* accomplie, le débat est engagé au fond, et le défendeur est présumé avoir renoncé à ses moyens dilatoires. Au contraire, les exceptions péremptoires peuvent être opposées en tout état de cause, c'est-à-dire *usque ad conclusionem causæ*[3], jusqu'à la clôture des débats, qui précède immédiatement la sentence définitive. Non seulement il n'est pas nécessaire d'opposer l'exception péremptoire avant la litiscontestation; mais encore les péremptoires ne doivent en principe être invoquées que *post litem contestatam*, par ce motif qu'elles n'ont d'utilité qu'autant que le demandeur aura lui-même fait la preuve de sa prétention. C'est là une différence remarquable avec la procédure des tribunaux laïques, devant lesquels l'exception péremptoire doit être, sinon discutée, du moins proposée avant l'entamement du plaid. Tel est donc le principe: les péremptoires sont élevées après la litiscontestation, les dila-

vel negatio dicitur litis contestatio. » (Summa Dominici. Rockinger. Briefsteller und Formelbücher. II, page 522, note 9).

[1] Tancrède. Ord. jud. Pars II, tit 17. — Durand. Spec. lib. II, part. 1, de dilationibus.

[2] Const. 62, X de appellat. liv II, tit 28. « Ante litem contestatam sunt exceptiones dilatoriæ proponendæ. »

[3] Durand. Spec. de except. § III, n° 5. — Tancrède Ord. jud. de except. § 3.

toires avant; et pour ces dernières, il ne suffit pas qu'elles soient élevées, il faut encore qu'elles soient démontrées par le défendeur et vidées par l'interlocutoire du juge, *antè litis contestationem*[1].

Ce principe comporte toutefois deux dérogations. La première concerne les exceptions *dilatoriæ solutionis*: celles-ci peuvent être prouvées après la litiscontestation, à la condition qu'elles aient été produites et réservées par protestation, avant contestation en cause[2]. Ainsi le défendeur élève au début de l'instance ses dilatoires du paiement, et fait retenue de les prouver, lorsque le demandeur aura lui-même fourni la preuve de son *intentio*. Une seconde dérogation se rapporte aux exceptions péremptoires. Nous avons mis à part un certain nombre de péremptoires dites *litis finitæ*. Ces exceptions, bien que péremptoires, doivent nécessairement être proposées au début de l'instance et avant la

[1] Durand Spec. de except. § III, n° 1. « Exceptio dilatoria ante litis contestationem est probanda et proponenda. » — Const. 2. Decreti Secunda Pars, Causa III. Quæst. 6. « Exceptio fori dilatoria est, atque ideo in initio litis debet opponi et probari. »

[2] Durand. Spec. de except. § III, n° 1. « Dilatoriam solutionis debet quis ante litis contestationem proponere seu protestari ; sed non tenetur eam probare nisi post litem contestatam, scilicet actoris intentione fundata. » — Dans le même sens, Tancrède. Ord. jud. de except. § 2. — Pillius étendait à toutes les exceptions dilatoires le tempérament que nous avons restreint aux seules *dilatoriæ solutionis*. « Reus in ipsa litis contestatione debet protestari suas omnes dilatorias exceptiones ; et postea eas probare potuit. » (Pillii Summa de Ord. jud. pars II, § 2, éd. Bergmann. page 23). Cette opinion n'avait pas été admise.

Cf. loi 19 Code de probat. liv. IV, tit. 19. « Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit... »

litis contestatio, qu'elles sont destinées à entraver[1].

Voici maintenant quel est l'ordre de présentation des diverses exceptions :

1. Avant la litiscontestation :

a. Le défendeur oppose tout d'abord et dès le début de l'instance ses exceptions *dilatoriæ judicii*[2]. Les canonistes ont assigné un rang à chacune de ces exceptions. Avant tout, le défendeur invoquera l'exc. d'incompétence, et ce sous peine de déchéance[3] ; puis viennent les exceptions contre la personne du juge ; en troisième lieu, les exceptions tirées de la personne du demandeur ou de son représentant ; celles tirées *ex personâ propriâ*, c'est-à-dire de la personne du défendeur, par exemple s'il est *legatus, infirmitate detentus, vel ad majus tribunal vocatus;* enfin les exc. *loci non tuti*, etc.…[4] Tancrède qui établit cet ordre, ajoute que l'avocat du défendeur pourra toutefois l'intervertir, mais en faisant réserve de revenir plus tard aux exceptions qui auront été retardées.

D'ailleurs, le juge peut faire prêter serment au *reus*, qu'il ne propose pas toutes ces exceptions de procédure *malitiosé*, pour harceler son adversaire[5]. Dans le

[1] Sexti Decret. const. 1, de lit. const. liv. II, tit. 3.

[2] Tancrède. Ord. jud. pars II, tit. 5 de except. § 1. « Omnes exceptiones quæ ad declinandum judicium faciunt, in principio inter ipsa litis auspicia sunt proponendæ et probandæ ; et qui tunc eas dimiserit, ad eas postmodum redire non poterit. »

[3] Tancrède, ibid. « In his enim proponendis, advocatus hunc ordinem servabit, ut si qua competit reo ex ipsa jurisdictione, objiciat illam et probet, quia si hanc dimittit et accedit ad alias, in jurisdictionem iudicis consentire videtur. »

[4] Tancrède. Ord. jud. de except. § 1.

[5] Durand. Spec. de except. § II, n° 3.

principe, les dilatoires de l'instance étaient proposées l'une après l'autre, et le défendeur en les produisant habilement pouvait faire traîner la procédure en longueur et mettre indéfiniment obstacle à la *litis contestatio*. Le pape Innocent III décida, pour activer la marche des procès, que les exceptions dilatoires seraient présentées dans un certain laps de temps, fixé par le juge. A l'expiration de ce délai, le défendeur était déchu des dilatoires qu'il n'avait pas fait valoir à temps [1]. Par dérogation, on permet à l'avocat du défendeur de produire même après l'expiration des délais fixés par le juge :

— Les exceptions qui ont été annoncées, puis conservées par une retenue spéciale [2].

— Celles résultant de faits nouveaux survenus depuis l'achèvement des délais.

— Les dilatoires basées sur des faits ou moyens qui entraînent nullité de la sentence. Ces dernières peuvent être opposées en tout état de cause, et même après la sentence, par la voie de la *querela nullitatis*. Ainsi, le demandeur était frappé d'excommunication majeure ; le prétendu représentant du demandeur est un *falsus procurator* ; le juge était serf, excommunié, ou bien incompétent, et l'accord des parties n'a pas pu lui attribuer compétence [3]. Dans toutes ces hypothèses, et dans tous les cas analogues où la sentence serait frappée de nul-

[1] Const. 4, X, de except. liv. II, tit. 25. — Cf. Tancrède, Ord. jud. de except. § 1.

[2] Beaumanoir. ch. VI, n° 1. « En le cort de chrestienté, baroient il par tant de fois comme il font retenue que il apelent protestacion. »

[3] Tancrède. Ord. jud. Pars IV, tit. 2, § 1. (éd. Bergmann. page 276.) — Pillius, Summa de ord. jud. Pars II, de except. § 2. — Const. 4, X, de except. II, 25.

lité, l'exception bien que dilatoire peut être opposée en tout état de cause.

— Les exceptions que le défendeur invoque, en affirmant sous la foi du serment, qu'il n'en avait pas connaissance à l'époque où elles eussent dû être présentées[1].

b. Le défendeur élèvera encore avant la *litis contestatio* ses exceptions *dilatoriæ solutionis*; mais il pourra, sous la condition d'une réserve ou *protestatio*, en différer la preuve jusqu'après la contestation en cause.

c. Enfin, doivent être formées avant la *litis contestatio* les exceptions qui tendent à y mettre obstacle, *exc. præscriptionis*, *rei judicatæ*, etc.

2. Après la litiscontestation :

a. Le défendeur fait la preuve des *dilatoriæ solutionis*, précédemment annoncées.

b. Il propose ses exceptions péremptoires, et fait la preuve de celles qu'il aurait opposées dès avant la *litis contestatio*.

Les exceptions sont présentées par l'avocat du défendeur dans un acte écrit. Dans cet acte, l'avocat expose les faits d'où se tire l'exception ; il en offre la preuve, selon la maxime: *Reus in excipiendo fit actor*. A son tour, le demandeur répond par des répliques, qui appellent des dupliques, et ainsi de suite. le nombre des répliques n'étant pas limité. Enfin, le juge vide l'incident par sa sentence : sentence interlocutoire, lorsqu'il s'agit d'une exception *dilatoria judicii* ou *de re finita*; sentence définitive, quand il est statué sur une exception *dilatoria solutionis* ou sur une péremptoire[2].

[1] Sur tous ces points : Fournier. op. cit. page 163.
[2] Munchen. op. cit. tome I, page 258.

La production des diverses exceptions que nous venons d'énumérer, a-t elle quelque influence sur la marche de la procédure, et en particulier sur la formation de la *litis contestatio ?* Les canonistes ont emprunté leur théorie de la *litis contestatio* à la procédure romaine. Devant les tribunaux séculiers, nous verrons bientôt que la litiscontestation peut résulter et résulte le plus fréquemment de la production d'une péremptoire. Tout autre est la doctrine canonique. En aucun cas, l'exception n'emporte contestation en cause[1]. Cela n'a jamais fait aucun doute en ce qui concerne les exceptions dilatoires et les exceptions *quæ litis contestationem impediunt.* Il semble au contraire que les canonistes ne se soient pas toujours mis d'accord au sujet de l'exception péremptoire. Pillius admet que la *litis contestatio* peut résulter soit d'une affirmation, soit d'une négation, soit d'une exception autre que l'exception dilatoire[2]. Richard l'Anglais conseille aussi au défendeur, qui veut différer le moment de la *litis contestatio,* de faire une réserve en proposant ses exceptions: ce qui suppose que la production d'une exception peut parfois emporter contestation en cause[3]. Mais cette opinion n'a pas pré-

[1] Durand. Spec. lib. II, part. 2, de lit. cont. § II, nº 12. « Qui excipit, litem non contestatur. »

[2] Pillius. De ord. jud. pars II, (éd. Bergmann. page 22). « Post hæc namque lis contestatur, quæ fit per narrationem actoris et responsionem rei. Sed ita intellige ut reus sit præsens et respondeat competenter, id est negando, vel excipiendo, sed non declinando judicium. »

[3] Ricardi Anglici. Ordo jud. (éd. Witte, page 8). « Vocati autem si respondere voluerint, respondeant, sicque fit litis contestatio. — Sed si exceptionibus uti voluerit, vel aliqua alia propositione, sub hac forma proponat : « Hoc antea dico litem non contestando. » Nec fiet sibi præjudicium. »

valu. G. Durand n'admet point que la litiscontestation puisse résulter de la seule production d'une exception péremptoire. « Sed numquid per exceptionem peremptoriam petitioni oppositam fit litis contestatio ? Videtur quod non. Primo etiam debet lis contestari et post modo usque ad conclusionem possunt peremptoriæ exceptiones opponi[1]. » Enfin les papes Innocent IV et Boniface VIII décrètent formellement que la *litis contestatio* ne peut point résulter de la formation d'une exception péremptoire. « Si oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremptoria proponatur, nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse facta : imo eo non obstante (nisi sit de illis exceptionibus quæ litis contestationem impediunt) fieri oportebit eamdem[2]. » Telle est aussi l'opinion consacrée par la Glose: (in const. 6. X. de except. liv. II tit. 25) « Litis contestatio directe debet fieri per interrogationem et responsionem directam, affirmando vel negando simpliciter. » Opposer une exception péremptoire, c'est faire une réponse indirecte, ce n'est pas « negare simpliciter. » Pour que la *litis contestatio* se produise, il faut que la négation du défendeur vise directement la prétention du demandeur.

En droit canonique, la *litis contestatio* résulte, du côté du défendeur, non pas de telle ou telle objection particu-

[1] Durand. Spec. de lit. cont. § II, n° 24. — Dans le même sens: Gratia. de jud. ord, pars II, tit. 1, § 3. (éd. Bergmann, page 358).

[2] Const. 2 Sexti Decret. de lit. cont. liv. II, tit. 3. (du pape Boniface VIII, année 1298).

Cf. const. 1 ibid. eod. tit. (du pape Innocent IV, année 1245) « Exceptionis peremptoriæ seu defensionis cujusque principalis cognitionem negotii contingentis ante litem contestatam objectus, nisi de re judicata, transacta seu finita excipiat litigator, litis contestationem non impediat nec retardet. »

lière, mais d'une réponse générale marquant l'intention du *reus* d'engager l'instance. Les papes reprenaient la définition de Justinien[1], et disaient : « Per petitionem in jure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat[2]. » Cette *responsio* avait un caractère de généralité : elle consistait dans une contradiction[3] en termes généraux opposée à la *petitio* du demandeur. Le défendeur, nous dit Durand, pour opérer la litiscontestation, « omnia generaliter negat, » et voici les termes de cette négation en forme large : « Litem contestando nego narrata prout narrantur, et dico petita fieri non debere[4]. » De cette formule vague, résulte la *litis contestatio,* qui, ajoute Durand, est « plena » c'est à-dire parfaite ; elle marque en effet d'une façon suffisante l'intention[5] du défendeur d'engager le procès. On com-

[1] Loi 14. § 1. Code. de judiciis, liv. III, tit. 1.

[2] Const. un. X, de lit. cont. liv. II, tit. 5. — Cf. Tancrède. Ord. jud. pars III, tit. 1. (éd. Bergmann. page 196.) « Litis contestatio fit per narrationem et responsionem partium in judicio factam. » — Durand. Spec. de lit. cont. § I : « Litis contestatio est principalis negotii apud competentem judicem facta narratio et ad eam secuta responsio. » — Pillius, de ord. jud. pars II, § 1. (éd. Bergmann. page 22). « Litis contestatio fit per narrationem actoris et responsionem rei. »

[3] La question de savoir si l'affirmation, c'est-à-dire l'aveu du défendeur, opère la litiscontestation était controversée parmi les canonistes. Voir Durand. Spec. de lit. cont. § II, nº 11. — La Glose admet la litiscontestation affirmative ou négative. Gloss. in const. 6 X, de except. liv. II, tit. 25 et Gloss. in const. un. X, de lit. cont. liv. II, tit. 5.

[4] Durand. Spec. de lit. cont. § II, nº 4. — Au surplus cette formule sacramentelle n'est pas nécessaire : il suffit d'une négation formelle en termes quelconques.

[5] La litiscontestation résulte en effet avant tout de l'intention des parties. Durand. Spec. de lit. cont. § II, nº 13. « Animus in litis contestatione requiritur. »

prendra maintenant que la production d'une exception péremptoire n'équivaut pas, à elle seule, à la négation générale que nous venons de formuler[1].

[1] Sur tous ces points : Fournier. Officialités au Moyen Age, pages 170 et 171. — E. J. Tardif. Etude sur la litis contestatio. (thèse 1881), pages 279 et suiv. — Knappe. Versuch einer Entwick. des Beg. der Except. § 30. — Sintenis. Abriss der Geschichte der Einreden, dans les Jahrbücher des gem. deutschen bürgerlichen Processes, 1er vol. pages 179 et suiv.

DEUXIÈME PARTIE

LES EXCEPTIONS DANS LA PROCÉDURE FÉODALE ET COUTUMIÈRE

CHAPITRE PREMIER

L'EXCEPTION ET LE FORMALISME DE LA PROCÉDURE FÉODALE.

On désigne sous le nom d'ailleurs assez mal choisi de procédure féodale [1], la procédure en usage dans les justices royales et seigneuriales au treizième et au quatorzième siècle. Nous n'entendons pas dire assurément que la procédure féodale ne remonte pas au delà du treizième siècle. Mais c'est à l'époque de St-Louis et encore au quatorzième siècle, que la théorie des exceptions se présente sous notre procédure, dans son plein épa-

[1] Ce nom de procédure féodale tient uniquement à ce que la procédure du douzième au quatorzième siècle a coïncidé avec le régime féodal; elle est donc contemporaine de la féodalité, sans être une conséquence immédiate du régime féodal. La procédure féodale se trouvait déjà en germe dans le vieux procès germanique.

nouissement ; c'est à cette époque aussi qu'il convient de se placer pour dégager la notion de l'exception dans les coutumiers du Moyen Age[1].

Le caractère essentiel de la procédure féodale, c'est le formalisme poussé à un point tel qu'on a pu à bon droit comparer notre ancienne procédure coutumière à celle des *legis actiones*[2]. Ce formalisme a exercé sur le système de la défense une influence considérable, et il n'est pas sans intérêt de montrer comment de ce formalisme est sortie une théorie nouvelle des exceptions, théorie dans laquelle l'exception a reçu une signification et une portée toutes spéciales.

Au treizième siècle, la procédure est tout entière dans les mots. D'une part, elle est purement orale : la demande et la défense sont en effet présentées en justice de vive voix[3]. D'autre part, elle consiste principalement dans l'emploi par les plaideurs de paroles solennelles, contenant du côté du demandeur l'affirmation, du côté du défendeur la négation du droit ligitieux. Cette demande et cette réponse solennelle exercent sur tout le procès une influence décisive : leur effet est de lier irrévocablement les parties, et de fixer d'une manière précise et définitive les éléments du litige, le pro-

[1] Il est vrai que dès la seconde moitié du XIIIe siècle, des idées nouvelles empruntées à la procédure canonique et au droit romain tendent à se faire jour. L'ordonnance de Saint-Louis de l'an 1260 porte un premier coup à la procédure formaliste, en supprimant le combat judiciaire et en y substituant la preuve par enquête. Mais cette procédure nouvelle n'est reçue que dans les tribunaux royaux et la procédure féodale ne commencera à perdre sérieusement du terrain que dans la seconde partie du XIVe siècle.

[2] Glasson. Histoire des Inst. d'Angleterre, t. III, page 417.

[3] « On ne plaide par écrit. » Beaumanoir, ch. VI, n° 15.

cès tout entier dépendant désormais des termes dans lesquels les plaideurs l'ont engagé [1]. On se rend facilement compte des dangers que pouvait offrir pour les plaideurs une semblable procédure. « Souvent perd-on son plaid à parler nicement, » nous dit au XIVe siècle Cuvelier, le chroniqueur de Bertrand du Guesclin. Et ailleurs les dictons populaires nous répètent à l'envi : « On prend les bêtes par les cornes et les hommes par les paroles. » — « Parole une fois volée ne peut plus être rappelée [2]. » — « Un homme d'honneur n'a que sa parole [3]. » — La parole prononcée en justice ne peut plus être ni rétractée, ni modifiée. « Quand il dit aucunne cose qui li est contraire, il n'y pot metre amendement [4]. » — « (Li sires) ne puet riens amender en son dit [5]. » — « Cil qui parle de sa querelle ne puet pas desadvoer [6]. » Ce formalisme, qui était d'origine germanique, se retrouve d'ailleurs à la même époque dans la

[1] « La Court ne doit faire esgart ne counissance que des paroles que l'on dit quand l'on se pouse sur Court. » Clef des Assises de la haute Cour du royaume de Jérusalem et de Chypre. (éd. Beugnot. art. 124). — « Sera li jugemenz rendus selonc les paroles que mises furent en la premereine court. » P. de Fontaines, ch. XXI, § 18 (éd. Marnier, page 243).

[2] Le Roman de la Rose, par G. de Lorris et J. de Meun. (Amsterdam 1735), v. 17.416.

[3] Sur les dangers de la procédure formaliste : Brunner. La parole et la forme dans l'ancienne procédure française. (Rev. crit. de législ. et de jur. année 1872), pages 25 et suiv. — Glasson. Hist. des Inst. d'Angl. t. III, pages 448 et suiv. — Siegel. Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang.

[4] Beaumanoir, ch. V, nº 5.

[5] P. de Fontaines. Conseil, ch. XII, § 8.

[6] Jean Desmares. Décisions, nº 412. — Cf. Jean d'Ibelin. Assises de la haute cour. ch. 11, éd. Beugnot, I, page 35, et ch. 27, I, page 52. — Cour des Bourgeois, ch. 133.

procédure anglaise [1], et en Allemagne où il domine avec le principe : Ein Mann, ein Wort. Combattu dès la fin du treizième siècle par les officiers royaux, il ne cédera que peu à peu sous l'influence des idées canoniques et des ordonnances royales.

Voyons maintenant ce qu'est devenue dans la procédure formaliste la théorie des exceptions. Les parties étant en présence devant le juge, la procédure débute par la *demande*, c'est-à-dire par l'exposé des prétentions du demandeur. Cette demande devait nécessairement être proposée en forme solennelle, accompagnée d'une offre de faire la preuve [2] : le tout sous peine de nullité [3]. Le demandeur ayant achevé sa demande est désormais lié par les termes mêmes dans lesquels il s'est exprimé. Les principes formalistes s'opposent à ce qu'il puisse revenir sur sa prétention, lorsqu'il ne s'est produit d'ailleurs, *inter moras litis*, aucun fait nouveau de nature à en modifier les termes [4].

A son tour, le défendeur prend la parole et donne sa *réponse*. La réponse était soumise au même formalisme que la demande. Elle impliquait prononciation de paroles solennelles, et de plus, elle devait, sous peine de nullité et de déchéance, être conçue dans la forme

[1] Glasson. Hist. des Inst. d'Angl. t, III, § 122.

[2] Beaumanoir. ch. VI, nº 13.

[3] Livre des Droits et commandements, tome II, nºˢ 563 et 637. — Coutumes et Inst. de l'Anjou et du Maine (éd. Beautemps Beaupré), tome II, nºˢ 125 à 129, page 79. — Livre de Jostice et de plet. liv. II, tit. 14, § 2.

[4] Olim. I, page 470, nº 6. (arrêt du Parlement de 1260). Secundum consuetudinem Francie, ex quo aliquis cadit a petitione sua, secundum unum modum petendi, postmodum per alium modum petendi, nisi de novo emerserit, non debet audiri.

même de la demande sur laquelle elle venait se modeler. Il fallait que le défendeur opposât à la prétention de son adversaire une négation pure et simple, rigoureusement calquée sur la demande, et renfermant la contradiction mot pour mot de cette dernière. « Tenetur respondere negative de verbo ad verbum [1]. » — Au recueil des jugements de l'échiquier de Normandie, il est question d'un procès remontant à l'année 1213, où le défendeur « negavit de verbo ad verbum et obtulit se defendere sicut debebat [2]. » — « Celui qui est ensi apelé, deit demander conseil, et après faire dire par son conseil, et desmentir le mout à mout [3]. » Plus tard on facilitera la réponse du défendeur, en lui permettant d'employer une formule générale de contradiction ainsi conçue : Je contredis mot pour mot ce que le demandeur a avancé [4]. Sous la procédure formaliste, le défendeur est donc rigoureusement limité dans sa réponse ; de même qu'à Rome, dans l'ancien procès des *legis actiones*, cette réponse consiste nécessairement soit dans une affirmation, c'est-à-dire dans une reconnaissance du droit litigieux, soit dans une négation, qui doit être le pendant, le contre-pied de la demande [5].

[1] Très ancien coutumier normand, c. 85, § 2. (éd. E. J. Tardif, page 95).

[2] Voir Brunner, loc. cit. page 235.

[3] Jean d'Ibelin. Ass. de la haute cour. ch. 100, (éd. Beuguot. I, page 164).

[4] Glasson. Hist. des Inst. d'Angl. t. III, page 478.

[5] Les mêmes principes se retrouvent dans la procédure allemande. Ainsi au XIIIe siècle, le *Sachsische Landrecht*, connu sous le nom de *Sachsenspiegel*, caractérise la réponse du défendeur dans les termes suivants : « Um al ander sake dar man den mann umme scüldiget, sal he antwarden to hant, bekennen oder besaken. — A la demande de son adversaire le défendeur est tenu de répondre immédiatement

Cependant, à côté de la réponse proprement dite, la procédure féodale offre au défendeur une seconde espèce de moyens de défense, que les coutumiers qualifient indifféremment de *barres*, *fuites ou exceptions*. L'exception n'est pas une réponse dans le sens technique du mot. Tout au contraire, elle tend à faire échapper le défendeur à la nécessité de la réponse ; de là lui est venu le nom de fuite, de là aussi le nom de *fugitivus* appliqué au *reus* qui élève une exception.

Qu'est-ce donc que l'exception dans la procédure féodale ? Il faut entendre sous le mot exception, tout moyen de défense autre que la négation *de verbo ad verbum* de la demande. On voit par cette définition que la notion de l'exception, sous l'empire des idées formalistes, s'est singulièrement élargie. Tout moyen de défense qui est de nature, à un titre quelconque, à dispenser le défendeur de contester, de contredire mot pour mot les termes de la prétention adverse, devient une exception [1]. Le domaine de l'exception s'étend donc indéfiniment, tandis que celui de la défense proprement dite ou réponse en forme de négation pure, se restreint dans des limites fort étroites. Il est certain que dans l'immense majorité des procès, le défendeur ne peut se contenter de nier purement et simplement la prétention de son adversaire. Ce défendeur le plus souvent oppose à la demande des faits contraires et offre de les prouver [2] ;

par une affirmation ou une négation formelle. » (Sachsenspiegel. II, art. 3, § 3, éd. Homeyer. 1835, page 104).

[1] Tardif. La procédure civile et criminelle aux XIIIe et XIVe siècles, page 71. — Planck. Die Lehre von dem Beweisurtheil, pages 42 et 43.

[2] Beaumanoir, ch. VII, no 22.

ces faits seront le paiement, la novation, la remise de dette, l'usucapion et tant d'autres d'où il résulte que la demande est sans fondement. Semblables moyens, dans la procédure féodale, constituent non pas une réponse au sens formaliste du mot, mais une véritable exception ; car ils ne consistent pas dans la dénégation absolue de la demande. « Toutes resons c'on met avant por soi defendre, descendent de deux coses, c'est à savoir : les uns por alongier la demande qui est fete contre li, et celes apel'on exeptions dilatoires..... et les resons qui descendent à l'autre fin, on les apele exeptions péremptoires[1]. »

Ainsi entendue, l'exception a pour fonction dans la procédure féodale de soustraire le défendeur à l'obligation de répondre en forme solennelle. Le défendeur oppose une barre, un obstacle à la demande : mais il ne la contredit pas ; l'effet de cette barre est d'écarter le débat au fond. La notion de l'exception féodale était donc entièrement différente de la notion romaine. Tandis qu'à Rome, le défendeur qui élève une exception, s'attaque directement à la demande, *cum intentione adversarii colluctatur*[2], et par conséquent accepte le débat au fond, dans la procédure formaliste *excipere,* c'est éviter de répondre au fond, c'est fuir la demande : *reus enim dicitur fugitivus*[3]. De là vient que les coutumiers prescrivent au défendeur de proposer ses exceptions avant de fournir une réponse par voie de négation. Répondre, c'est accepter le débat au fond, et par suite se

[1] Beaumanoir. ch VII, n° 2.

[2] Selon l'expression d'Aurelius Victor. (Ars rhetor. IV, 1).

[3] Liber de Exc. reorum, de Nepos de Montauban. Proëmium, (dans Masuer. Pract. for).

priver du droit d'opposer à la demande aucun fait de nature à la faire écarter. Le défendeur qui a nié droitement et simplement est lié par sa réponse comme le demandeur l'est par sa demande ; il ne peut plus modifier les termes de sa défense et offrir de combattre la demande en présentant un moyen nouveau. Ainsi mon adversaire allègue qu'il m'a compté cent livres ; au lieu de lui opposer le remboursement, je me borne à répondre négativement, je nie la demande mot pour mot. Immédiatement je suis lié par cette défense, le plaid est entamé, et les éléments du procès irrévocablement fixés ; je demeure dès lors déchu du droit de présenter au juge une *exc. solutionis*. Le droit canonique, au contraire, restant fidèle à la doctrine romaine du Code de Justinien, autorisait le défendeur à proposer, fût-ce après la *litis contestatio*, sinon toute espèce d'exceptions, au moins les péremptoires.

Telle est, dans ses traits principaux, la théorie des exceptions à l'époque formaliste. Au surplus, il ne faut point vouloir chercher dans la procédure féodale une définition scientifique et raisonnée de l'exception. Nulle part les anciens coutumiers ne s'occupent de fixer cette définition. L'idée qui domine dans les textes relatifs à notre sujet, est uniquement la suivante : le défendeur qui élève une exception et qui la fait reconnaître, n'est pas tenu de répondre. Une fois cette idée admise, on range indistinctement dans la classe des exceptions, tous les moyens qui ne se ramènent pas à une réponse *de verbo ad verbum*, à une négation pure. La théorie des exceptions ainsi comprise n'est plus qu'une dépendance et un produit du formalisme rigoureux sur lequel repose l'ancienne procédure française.

CHAPITRE II

CLASSIFICATION ET ÉNUMÉRATION DES PRINCIPALES EXCEPTIONS ADMISES DANS LE PROCÈS FÉODAL

Les plus anciens coutumiers s'en tiennent généralement à la division, adoptée par les canonistes, en exceptions dilatoires et péremptoires. Telle est notamment la doctrine de Beaumanoir [1], qui ne reconnaît que deux classes d'exceptions : les unes tendant à faire écarter définitivement la demande, les autres qui ne sont que des moyens d'ajournement [2]. Parmi ces dernières, Beaumanoir comprend les exceptions déclinatoires, fondées sur l'incompétence du juge. Au coutumier d'Artois, datant probablement des premières années du quatorzième siècle [3], il n'est pas davantage fait mention des

[1] Beaumanoir, ch. VII, nº 2.

[2] La même division est adoptée en Allemagne : on la trouvera dans le Laienspiegel, de Ulrich Tengler, (éd. 1510) pages 85 et 86. — Voir dans les Jahrbucher des gem. deutschen burgerlichen Prozesses, 1er vol. Sintenis. Abriss der Geschichte der Einreden, pages 179 et suiv.

[3] Coutumier d'Artois. Ed. Tardif. Introd. page 15.

exceptions déclinatoires, comme formant une classe à part[1].Les coutumes de l'Anjou et du Maine signalent de même l'exception déclinatoire et la rangent expressément au nombre des moyens dilatoires[2].

A la fin du quatorzième siècle et au quinzième, les auteurs tendent à adopter une division tripartite en exceptions déclinatoires, dilatoires et péremptoires. C'est cette division que nous donnent le grand Coutumier de France[3], la Somme Rurale de Bouteiller[4], et plus tard la Pratique de Masuer[5].

Si maintenant l'on recherche quelles ont été dans notre ancienne procédure coutumière les principales exceptions en usage, on est frappé de rencontrer, à côté des exceptions classiques du droit romain, une foule de moyens de nature très diverse, n'ayant le plus souvent aucun lien avec la demande elle-même, et répondant à des règles de procédure de toutes sortes. Ainsi à la suite de la Practica Forensis de Masuer, se trouvent énumérés sous le titre *Liber de Exceptionibus*, toute une série de moyens que le défendeur peut faire valoir à l'encontre de la poursuite intentée contre lui. Ce livre est moins un traité des exceptions qu'un recueil de moyens de procédure de toute espèce permettant aux défendeurs de se soutraire aux demandes en justice. L'auteur du *liber de exceptionibus* intitule son livre *fugitivus*, parce que, dit-il au Proëmium, il a cherché à

[1] Cout. d'Artois, VII, 1, page 32.

[2] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine, tome II, no 1123, page 423.

[3] Grand Cout. de France, liv. III, ch. 8.

[4] Bouteiller. Somme Rurale. liv. I, tit. 17. (éd. Charondas, page 73).

[5] Masuer. Practique, tit. 9.

recueillir toutes les échappatoires que la procédure met à la disposition des défendeurs. Les exceptions citées sont des plus variées. Nous relevons notamment [1] des exceptions *contrà judices*, *contrà arbitros*, *contrà actorem* c'est à savoir contre la personne du demandeur, *contrà procuratores*, *advocatos*, *tutores*, *contra libellum*, *testes*, *sententias*, etc... On retrouve ici la tendance de nos vieux juristes à voir une exception dans toutes les objections que peut opposer le *reus* aux actes judiciaires dirigés contre lui [2].

Section Première. — *Exceptions dilatoires*

Les exceptions dilatoires, dit Beaumanoir, sont celles qu'oppose le défendeur « por alongier la demande qui est fete contre li. Autant valent exeptions dilatoires, comme dire resons qui ne servent fors que du plet delaier [3]. »

Ces exceptions dilatoires, ou moyens d'ajournement, sont d'autant plus nombreuses dans la procédure féodale et coutumière, que notre ancienne pratique a cru de-

[1] Cf. Laienspiegel (éd. 1510, page 85), qui donne les formules d'exceptions dirigées contre le juge, le tribunal, la rédaction de l'action, et (page 94) les témoins.

[2] C'est ainsi que le Coutumier d'Artois va jusqu'à traiter d'exception dilatoire le recours formé par voie d'appellation contre la sentence rendue. (Art. VII, 8).

[3] Beaumanoir. VII, n° 2. — Cf. en Allemagne, Laienspiegel (éd. 1510, page 85). « Wenn etlich seind (Einreden) die die sach verlengern, und werden genennt dilatoriæ. »

voir y assimiler les contremands et essoines, et de plus les demandes de jours de délai. Les contremands, essoines et jours ne sont assurément pas des exceptions : de tels moyens n'ont en effet rien de commun avec la question litigieuse. La pratique toutefois a observé que ces moyens, de même que les exceptions dilatoires, doivent être proposés au début de l'instance et avant tous autres[1]. D'autre part ils aboutissent comme l'exception dilatoire à mettre obstacle provisoirement à la demande ; ils rentrent donc à vrai dire dans la définition que nous avons empruntée à Beaumanoir[2], « comme resons qui ne servent fors que du plet délaier. » Nous nous conformerons donc aux idées reçues dans notre ancienne procédure, et nous traiterons successivement des contremands, essoines et jours.

I. *Contremands et Essoines.* — A la fin du treizième siècle, on confond le contremand et l'essoine[3]. Mais au début, les deux expressions ont eu une portée fort différente.

Le contremand est une déclaration de remise faite par la partie défenderesse. Nous en trouvons la formule dans Beaumanoir : « Sire, Pierres qui ajornés estoit contre Jehan, à la journée d'ui par devant vos, contremande son jour dusqu'à d'ui en quinse jours[4]. » Deux observations caractérisent le contremand :

[1] Tanon. Ordre du procès civil au XIVe siècle. (Nouvelle Revue Historique, année 1885), page 326.

[2] Beaumanoir lui-même cite les contremands, essoines et jours comme des exemples d'exceptions dilatoires, ch. VII, n° 3.

[3] Tardif. La procédure civile et cr. aux XIIIe et XIVe siècle. page 53.

[4] Beaumanoir, ch. III, n° 12.

1° Le défendeur, qui en fait usage, n'est pas obligé de justifier la remise qu'il demande; il peut différer l'ajournement[1], sans alléguer aucun motif.

2° Le contremand est fait à jour fixe: le défendeur qui contremande, remet l'ajournement à quinzaine. D'ailleurs ce contremand, et par suite le délai de quinzaine, peut être renouvelé jusqu'à trois fois: « car en toutes quereles où il quiet contremans, on en pot penre trois dont çascuns des trois contient quinse jours[2] ».

La faculté de contremander n'existe en principe qu'au profit du défendeur[3]. Elle n'est admise au surplus que dans certaines affaires, les plus importantes[4]. Le défendeur ne peut l'excercer qu'au début de l'affaire, et pour le jour de la première comparution; lorsque la procédure est entamée, il ne peut plus être question de prendre des délais par voie de contremand, l'essoine seule reste possible[5]. Enfin le demandeur pourrait faire opposition au contremand, et le faire discuter par le juge qui statue après avoir ouï les raisons des parties, « quant il viennent en cort[6]. »

Tout autre chose est l'essoine[7]. On sait que jusqu'au quatorzième siècle, les plaideurs sont tenus de compa-

[1] Le délai normal de la comparution est de sept jours en matière personnelle, quinze jours en matière réelle.

[2] Beaumanoir, ch. III, n° 9.

[3] Beaumanoir (ch. III, n° 10) n'admet le contremand qu'au cas de semonce simple: cette restriction n'est indiquée dans aucun autre coutumier.

[4] Ainsi le contremand n'est pas admis en matière mobilière. Tardif. La procédure civ. au XIIIe siècle, page 53.

[5] Glasson. Sources de la procédure civ. française. (Nouv. Revue hist. 1881,) page 447.

[6] Beaumanoir. ch. III, n° 12.

[7] L'ancienne *sunnis* de la Lex Salica.

raître en personne. Mais parfois il arrive que l'une des deux parties soit empêchée de se rendre à l'instance ; en pareil cas elle envoie quelqu'un pour présenter son excuse, son essoine. L'essoine suppose donc une excuse légitime, elle a pour but de tenir en suspens la comparution en justice, aussi longtemps que dure l'empêchement sur lequel elle se fonde. Cet empêchement peut provenir de causes diverses. Les coutumiers citent des exemples nombreux d'essoines : maladie du plaideur, ou de l'un de ses proches[1], difficultés du chemin[2], absence résultant d'un départ pour une expédition lointaine ou un pèlerinage[3]. Beaumanoir nous apprend aussi que le défendeur qui serait semons par devant son seigneur souverain et qui recevrait pour le même jour semonce par devant un autre seigneur, doit aller à la semonce du souverain, « et peut hardiement tos les autres jours ensonier[4]. »

Le plus souvent, le plaideur qui propose une essoine, ne peut pas fixer par avance le jour exact auquel il remet son ajournement. Il faut naturellement attendre pour cela que l'obstacle de fait qui s'oppose à la comparution actuelle en justice, ait disparu. A la différence du contremand, l'essoine ne comporte donc pas de délai fixe.

Le plaideur qui propose une essoine, ne pouvant se présenter lui-même en justice, fait porter son excuse par un mandataire que les textes nomment *essoniator*.

[1] Beaumanoir. ch. III, nos 2 et 6.

[2] Beaumanoir. ch. III, no 4. « Si comme de grans verreglas ou de grans neges ou de grans orages. »

[3] Tardif. Proc. civ. au XIIIe siècle, page 56 et note 1. — Voir d'autres exemples d'essoines au Grand Coutumier de France. liv. III, ch. 7.

[4] Beaumanoir. ch. III, no 2.

En cas d'empêchement, l'*essoniator* peut lui-même envoyer à sa place un tiers, appelé *secundus essoniator*[1]. L'*essoniator* n'est pas à proprement parler un mandataire ad litem, il joue simplement le rôle de messager, d'intermédiaire; le Grand Coutumier de France le désigne sous ce dernier nom[2]. Sous la procédure féodale, ce messager présente l'essoine en termes solennels, et de plus affirme sous serment qu'elle est vraie[3]. Au cas de contestation de la part de l'adversaire, l'essoine doit être justifiée ; si elle n'était pas reconnue fondée, le plaideur qui l'a proposée, perdrait son procès. Reconnue vraie, l'essoine tient le procès en suspens jusqu'à nouvel ordre. Si c'est le défendeur qui a essonnié, il devra être réajourné en temps opportun[4]. D'ailleurs, en supposant que le délai procuré par l'essoine soit de nature à se prolonger indéfiniment, le demandeur peut prier le juge d'obliger le défendeur à se faire représenter par un mandataire ad litem, qui plaidera l'affaire au nom de la partie absente[5].

La théorie des essoines a une grande importance à l'époque de Beaumanoir. Elle s'est maintenue beaucoup plus longtemps que la théorie du contremand ; celui-ci tombe en désuétude à partir du quinzieme siècle[6]. L'essoine subsiste encore sous François Ier : on la retrouve

[1] Glasson. Sources proc. civ. fr. loc. cit. page 446.
[2] Grand Cout. de France. liv. III. ch. 7. (éd. Charondas. page 336).
[3] Beaumanoir. ch. III, n° 29 nous donne la formule de ce serment.
[4] Tardif. Proc. civ. au XIIIe siècle, page 56.
[5] Glasson. Histoire des Inst. d'Angl. tome III, page 475.
[6] Bouteiller. Somme Rurale. liv. I. tit. 4.

dans l'Ordonnance de 1535[1]. Elle ne disparaît que peu à peu devant la théorie nouvelle de la représentation judiciaire.

II. *Demandes de Jours de délai.* — Les anciens traités de procédure désignent sous l'expression générale de *Jours* une série de délais organisés le plus souvent au profit du défendeur et fondés sur des considérations d'ordre varié. La théorie des jours tient une large place dans la procédure féodale et coutumière ; les demandes de jours y sont d'ailleurs assimilées aux exceptions dilatoires[2]. Les principaux jours sont : le jour de Conseil, jour de Vue, jour de Garant.

A. *Jour de Conseil.* — A l'époque de Beaumanoir, la semonce, c'est-à-dire l'ajournement qui ouvre la procédure, était très succincte. Elle ne contenait en effet qu'une simple assignation à comparaître, et ne donnait au défendeur aucune espèce de détails sur le nom du demandeur[3], la nature de la poursuite ou l'objet de la demande. « Nos vos ajornons à d'ui en quinse jors, en tel liu par devant nostre segneur, de qui vos tenes tel fief[4]. » C'est là ce que Beaumanoir appelle la semonce simple. Cette semonce est en usage jusqu'à la fin du treizième siècle[5]. Plus tard le Grand Coutumier de France exige que l'ajourné apprenne par l'ajournement « comment et à quoy faire il est adiourné et contre qui. » L'ajournement général, c'est-à-dire celui qui ne pré-

[1] Ord. de 1535. chap. 13. art 39.

[2] Beaumanoir. ch. VII. nº 3.

[3] Quelquefois cependant l'ajournement indiquait le nom du demandeur. — Coutumier d'Artois. LVI. 14. pag 149. — P. de Fontaines. Conseil. ch. XXI. § 10.

[4] Beaumanoir. ch. II, nº 3.

[5] Tardif. Proc. civ. au XIIIe siècle, page 50.

cise point l'objet de la demande, n'est plus admis, « fors en cas de meubles[1]. » Enfin, les ordonnances royales prescrivent à une époque plus récente de faire remettre aux défendeurs des ajournements par écrit. La pratique de l'ajournement par écrit datait déjà de la fin du treizième siècle, époque à laquelle elle s'était introduite dans la procédure civile, sous l'influence de la procédure canonique ; en droit canon, le *libellus* est imposé comme premier acte du procès. Cet ajournement par écrit est demeuré longtemps facultatif ; il n'était obligatoire que par exception, dans quelques affaires d'une importance spéciale[2]. Au seizième siècle, les ordonnances royales étendent à tous les procès l'obligation pour le demandeur de remettre un ajournement par écrit : « Que tous ajournements pour faire et intenter nouveau procès seront libellés sommairement[3]..... »

Venons maintenant au jour de Conseil. Dans l'ancienne procédure, au temps où la semonce simple ne contenait d'autre indication qu'une citation à comparaître, le défendeur au jour de la comparution se trouvait souvent fort embarassé de répondre à l'improviste à des questions auxquelles il n'était pas préparé ; d'autant plus embarrassé qu'il lui fallait, sous peine de déchéance, répondre sans retard aucun à la demande. La réponse solennelle suit en effet immédiatement la demande. On vint à son secours, en lui permettant de ré-

[1] Grand Cout. de France. liv. III, ch. 4. (éd. Charondas. page 322.)

[2] J. Desmares. Décisions. n° 407. (dans Brodeau. Coutume de Paris. tome II.) — Du Breuil nous dit en matière personnelle : « Non datur petitio in scriptis curiæ, sed solum proponitur verbo. » Stil. Parl. ch. XIX. § 1.

[3] Ordonnance de Villers Cotterets. (1539) art. 16.

clamer un délai qui est le jour de conseil. Ce jour est destiné à permettre au défendeur de préparer sa défense et sa réponse. Dans quels cas le défendeur peut-il réclamer le jour de conseil? Ce délai n'est accordé que dans les affaires d'une certaine importance. Ainsi « s'on demande treffons d'éritage [1]. » Ou bien encore s'il est manifeste que le plaideur ne peut pas être au courant de ce qu'on lui demande. Ainsi c'est un procureur qui se présente au nom du défendeur ; l'affaire ne lui étant pas personnelle, on lui accorde le jour de conseil [2]. De même « s'on me demande d'autrui fet, si comme le dete que mes père et mère acrurent ou aucuns autres parens à qui je sui hoirs [3]. »

Avec le jour de conseil on serait tenté de confondre le jour d'absence de conseil : témoin la rubrique du titre 7 livre I de la Somme Rurale de Bouteiller : « *De jour de conseil ou jour pour absence de conseil.* » Les deux délais sont cependant différents l'un de l'autre, et Bouteiller lui-même les distingue expressément au titre 8, livre I [4]. Le jour pour absence de conseil est accordé à la partie qui n'ayant pas d'avocat, demande un répit pour avoir le temps d'en consulter un. Au livre des Droits et Commandements, nous trouvons quelques détails sur ce délai, qui y est intitulé « *attente d'avocat* [5]. » Le droit de demander jour d'absence de conseil est reconnu aux deux plaideurs. Il paraît que

[1] Beaumanoir. ch. X, n° 15.
[2] Olim. tome I, page 418.
[3] Beaumanoir. ch. X, n° 15.
[4] Bouteiller. Somme Rurale. (éd. Charondas.) page 41.
[5] Livre des Droits et Commandements. tome I, page 237 et tome II, n°s 517 et 518. page 83.

quelquefois l'une des parties s'empressait de retenir tous les avocats d'une localité pour priver son adversaire de leur conseil[1]. Pour empêcher cette fraude, le juge procède à une *distribution de conseil*, c'est-à-dire assure la répartition des avocats entre les deux parties, de telle sorte que chacune d'elles ait son défenseur.

Il est question pour la première fois du jour d'absence de conseil dans l'ancienne coutume de Montpellier, qui le mentionne pour l'interdire. « Advocati absentia non differuntur jurgia[2]. » Plus tard, nous le retrouvons dans une Ordonnance de 1291, qui ne l'accorde que par exception, et dans des cas où la présence de l'avocat est indispensable[3]. Enfin Bouteiller nous apprend que ce jour était devenu de droit, alors même que la partie qui le demande « eust là présent son conseil et advocats[4]. »

Le jour de conseil et le jour d'absence de conseil sont supprimés par l'Ordonnance de 1539 dans son art. 18 : « Et deffendons tous autres délais accoutumez d'estre prins auparavant la contestation, soit d'avis, d'absence, attente de conseil, etc.... »

B. *Jour de vue*. — La vue ou montrée est la représentation judiciaire de la chose litigieuse ; elle a lieu en présence du juge ou de son délégué[5] et répond assez exactement à notre descente de juges[6]. Elle suppose de

[1] Glasson. Hist. Inst. Angl. tome III, page 488 et note 123.
[2] Tanon. Ordre proc. civ. (Nouv. Rev. Hist. 85.) page 322.
[3] Ordonnances des Rois de France. (éd. de Laurière.) page 322 au tome I, — Art. 11 de l'ord. de 1291.
[4] Bouteiller. Somme Rurale. liv. I, tit 8. (éd. Charondas, page 41.)
[5] Par exemple un sergent.
[6] Cf. Code de procédure civile, art. 295 et suiv.

la part du juge, d'un plaideur ou même d'un témoin, une connaissance insuffisante de la chose litigieuse, notamment d'un immeuble. Le plaideur ou le témoin qui désire s'éclairer, demande alors au juge un délai de vue, et prie le juge de fixer un jour pour la montrée. Au jour dit, les parties doivent se présenter elles-mêmes ou par procureur, sans faculté de proposer contremand ni essoine. La sanction du défaut est la perte du procès, d'après la coutume[1]. Toutefois le livre des Droits et Commandements permet à la partie absente de proposer une exoine, mais « par avant la dicte journée de montrée[2]. » Une fois les parties présentes, la vue, c'est-à-dire la détermination de l'objet litigieux, a lieu « aux quatre angles de l'héritage, de bout en bout, de long en long, à l'œil et au doigt[3]. » Puis, la vue est discutée contradictoirement en justice, au jour dit de *retour au plaid*, jour qui a été fixé d'avance par le juge[4].

Dans quels cas la vue ou montrée peut-elle être demandée ? Habituellement, le jour de vue suppose qu'il s'agit d'inspecter un immeuble. Quant aux meubles, « les choses meublaux déclairées et motées en court valent autant comme si elles étaient monstrées[5]. » En matière d'héritage[6], on a toujours droit au jour de vue, de même en matière de saisine ou possession immobilière[7]. Enfin la procédure de vue paraît avoir été employée parfois pour fixer les limites d'un héritage et prévenir des

[1] Coutumier d'Artois. XXI. 6 (éd. Tardif, page 59.)
[2] Livre des Droits et Commandements. tome II, n° 974, page 298.
[3] Grand Cout. de France. (éd. Charondas,) page 370.
[4] Tanon. Ordre proc. civ. (Nouv. Rev. Hist. 85) page 324.
[5] Livre des Droits et Commandements. tome I, n° 117, page 364.
[6] Coutumier d'Artois. XXI. 5. (éd. Tardif, page 59.)
[7] Beaumanoir. ch. IX, n° 11.

contestations possibles dans l'avenir. En pareil cas, la vue ou montrée intervient sans qu'il y ait actuellement procès engagé entre les parties dont elle vient régler les droits [1].

C. *Jour de Garant.* — Il s'agit ici du délai accordé au défendeur pour mettre en cause son auteur, tenu de le garantir contre l'éviction [2]. Le défendeur qui veut appeler en cause son garant, doit requérir à cet effet l'autorisation de justice. Anciennement le défendeur, tout en réclamant le délai ou *dilatio garendi*, devait faire retenue de défendre lui-même à l'action, dans le cas où il ne parviendrait pas à se substituer un garant. Ainsi, le *reus* s'engageait à amener son garant dans un délai déterminé, et sinon, faisait réserve de *proposer ses bonnes raisons*. A défaut de cette réserve, et à supposer que le garant ne pût pas être amené devant la cour, le défendeur perdait son procès. L'ordonnance de décembre 1363, dans son article 5 [3], a relevé les défendeurs de la déchéance résultant de l'omission de la retenue. Cependant cette retenue s'est conservée comme formule de style dans les demandes de jour de garant [4].

Il ne peut pas être question de délai de garantie, si le garant figure déjà au procès à un titre quelconque [5].

[1] Tanon. loc. cit. page 324.

[2] Sur le délai de garantie : Glasson. Hist. Inst. Angl. tome III, page 491. — Tanon. Ord. proc. civ. (Nouv. Rev. Hist. 85.) page 326. — Livre des Droits et Commandements. (éd. Beautemps-Beaupré.) tome I, page 249. — Warnkönig et Stein. Geschichte des französischen Strafrechts und Processes. tome III, page 539.

[3] Ordonnances des rois de France. (éd. de Laurière,) tome III, page 652.

[4] Tanon. loc. cit. page 326.

[5] Livre des Droits et Commandements. tome I, n° 21, pag 336.

Le délai pour mettre garant en cause varie d'ailleurs selon l'éloignement du domicile du garant. Le délai est généralement fort long : il ne sera jamais de moins de 40 jours, et il peut se prolonger pendant un an et un jour [1]. Au cas où le premier délai accordé ne suffirait pas, le garanti peut en demander un second. « Et s'il ne pot avoir son garant à la première jornée, parce que li garent ot ensoine ou porce qu'il se mist en pure défaute... doit le plait délaier, tant qu'il puist avoir fet contraindre son garant à ce qu'il li viegne porter garantie [2]. » Une fois amené en justice, le garant prend le fait et cause du garanti [3] ; et s'il perd le procès, il en paie les dépens [4].

La théorie de la garantie a joué un rôle fort important jadis dans les questions mobilières, et en particulier dans l'action de chose emblée. Le défendeur, touché par la revendication du propriétaire victime d'un vol, a le droit de nommer son auteur, et de le faire venir en justice à sa place [5]. « Cette chose sai-je bien que je l'ai achetée, et en aurai bon garant à terme nommé [6]. » Le vendeur appelé en garantie doit venir prendre le fait et cause de son acheteur. Si ce vendeur fait défaut, il sera réassigné par trois fois, et finalement sera condamné comme voleur, l'acheteur se trouvant par le fait même absous. Lorsque le vendeur comparaît, deux situations

[1] Beaumanoir. ch. XXXIV. n° 64. — Tardif. Proc. civ. XIIIe siècle, page 85.
[2] Beaumanoir. ch. XXXIV, n° 64.
[3] Livre des Droits et Commandements. tome II, n° 976, page 299.
[4] Livre des Droits et Commandements. tome II, n° 537, page 91.
[5] Cf. Loi Salique. ch. 47.
[6] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine, n° 100, tome I, page 122.

sont possibles. Ou bien il nie l'obligation de garantie et refuse de se mettre au lieu et place du défendeur, auquel cas ce dernier devra faire la preuve de la garantie. Si cette preuve ne pouvait être apportée en justice, le défendeur se verrait condamner[1]. Ou bien au contraire le garant consent à prendre fait et cause du garanti, et alors celui-ci obtient sa mise hors de cause[2]. C'est donc le garant qui devient défendeur, et qui court le risque de la condamnation pour vol. Au surplus le garant peut toujours appeler lui-même son auteur en sous-garantie. Mais les coutumiers n'autorisent pas habituellement de recours au delà du troisième garant[3].

Telle est, au treizième siècle, dans ses grandes lignes, cette procédure des jours qui reparaît à chaque instant dans nos vieux coutumiers. Les défendeurs trouvaient dans les divers délais que nous avons mentionnés, l'avantage précieux de pouvoir préparer à loisir leur défense en justice. Mais parfois aussi, ils ne recouraient aux jours que pour faire traîner le procès en longueur et pour fatiguer leur adversaire. La théorie des jours, comme aussi celle des contremands et essoines, a été l'occasion de bien des abus au Moyen Age. Déjà l'ordonnance de 1363 (art. 5) déclarait que les délais accordés aux défendeurs ne pourraient dorénavant excéder en aucun cas la durée d'une année[4]. Deux siècles plus tard, l'ordonnance de 1539 supprime tous les délais autres que

[1] Beaumanoir. ch. XXXIV, n° 44. — ch. LXIII, n° 8.

[2] En même temps, l'acheteur se fera restituer son prix par le vendeur.

[3] Grand Coutumier de Normandie, ch. 50.

[4] Ordonnances des rois de France. (éd. de Laurière.) tome III, page 652.

ceux de vue et de garant, les seuls qui aient passé dans l'ordonnance de 1667 et dans notre Code de Procédure.

III. *Exceptions déclinatoires.* — Le contremand, l'essoine et les jours sont des institutions purement coutumières. A côté de ces moyens dilatoires qui n'ont guère de l'exception que le nom, la procédure féodale a consacré un certain nombre d'exceptions dilatoires, qui rappellent plus ou moins exactement des exceptions ou des *præscriptiones* du droit romain. Telles sont les exceptions déclinatoires.

Au treizième siècle, les exceptions déclinatoires ne forment pas encore un groupe à part : elles sont comprises dans la classe des exceptions dilatoires [1].

Les exceptions déclinatoires sont de deux sortes. Les unes sont dites déclinatoires de la juridiction ; elles correspondent à notre exception d'incompétence [2]. Les autres, déclinatoires du juge ; nous les appelons aujourd'hui causes de récusation [3].

A. Exceptions dirigées contre la juridiction. — Au Moyen Age, la question de savoir devant quel tribunal un plaideur doit porter sa demande, est souvent très embarrassante. Dans notre ancien droit, les juridictions sont en effet fort nombreuses, et leur compétence, dépendant de la nature des affaires litigieuses, est aussi fort variable. Dès l'époque de Beaumanoir, quatre sortes de justices se trouvent en présence, ou pour mieux dire en conflit les unes avec les autres : justices royales,

[1] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome II, n° 1123, page 423 : « dillatoire de juridiction qui est communément nommée déclinatoire, et a lieu pour excepter de juridiction. »

[2] Cf. Code de Procédure. art. 168 et suiv.

[3] Cf. Code de Procédure. art. 378 et suiv.

seigneuriales, ecclésiastiques et municipales. Des règles multiples déterminent la compétence de chacune d'elles. De là l'incertitude qui régnait dans la pratique, mal fixée sur l'application de ces règles parfois fort délicates. Dans le doute les parties s'empressaient de porter leur contestation devant la juridiction qui leur semblait le plus avantageuse. Ainsi elles se présentaient devant les tribunaux ecclésiastiques pour lesquels les plaideurs ont témoigné jadis une préférence marquée. Le formalisme exagéré de la procédure a toujours été odieux aux justiciables. Voilà pourquoi au treizième siècle, la procédure canonique, sensiblement moins compliquée et moins rigoureuse que la procédure civile, a été fort en faveur auprès des plaideurs[1]. Les demandeurs s'efforçaient donc d'éviter les juridictions royales ou seigneuriales, et portaient leur demande devant les tribunaux de l'Eglise.

Aussi l'exception d'incompétence a-t-elle été d'un emploi fréquent dans notre ancienne procédure. On la trouve mentionnée ou réglementée dans nombre de vieux coutumiers, notamment dans Beaumanoir[2], dans le coutumier d'Artois , au livre des Droits et Commandements,[4] et dans les coutumes de l'Anjou et du Maine[5]. Nous n'entreprendrons pas ici d'énumérer les règles concernant la compétence des diverses sortes de

[1] Sur la supériorité de la procédure canonique: Fournier. Les Officialités au Moyen Age, page 95.

[2] Beaumanoir. ch. VII, no 3. : « ou por ce que li deffenderes dist qu'il ne doit pas estre juge de cele querele. »

[3] Coutumier d'Artois. II, 2.

[4] Livre des Droits et Commandements. tome I, no 301.

[5] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome II, nos 1127 et suiv. — tome III, nos 30 et suiv. page 88.

justices. Nous rappelons seulement que parmi les divers tribunaux d'une même juridiction, la compétence relative est déterminée, dans notre ancien droit comme aujourd'hui, par le principe: *Actor sequitur forum rei.* « On dist que li hom doit iestre justiciés là où il couce et liève [1]. » Principe qui, en matière immobilière, comporte une dérogation analogue à celle contenue dans notre art. 59, C. Pr, ; pour les matières immobilières, le tribunal compétent est en effet celui de la situation de l'immeuble litigieux [2].

Voici maintenant quelques applications de l'exception d'incompétence, relevées dans les coutumiers.

1° Le défendeur peut décliner la compétence du juge séculier, s'il s'agit de matières qui dépendent de l'Eglise [3]. En pareil cas, l'accord des parties ne pourrait même pas couvrir l'incompétence du tribunal séculier. « Car le jugement de soy même ne vaut pas. Ne ne peuvent les parties donner juridicion à celui qui point n'en a, ne aprouver juridicion par son jugement [4]. » On reconnaîtra sous ces derniers mots la disposition de notre art. 170. C. Pr.

2° Le défendeur peut aussi élever une exception déclinatoire, à l'encontre de la juridiction laïque, s'il est clerc non marié et défendeur à une action personnelle [5].

3° Il y a lieu encore à l'exception d'incompétence,

[1] Coutumier d'Artois. I, 4.

[2] Tardif. Proc. civ. au XIII[e] siècle, page 30.

[3] Livre des Droits et Commandements. tome I, page 235.

[4] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome II, n° 1138, page 426.

[5] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine, tome II, n° 1127, page 424. — Fournier. Officialités au Moyen Age, page 65.

lorsque le demandeur a porté la contestation devant un tribunal appartenant à la juridiction compétente, mais a violé les règles de la compétence relative ou *ratione personæ.* Ainsi le défendeur ne demeure pas dans le ressort du juge devant lequel il est cité ; il n'y a pas passé son contrat[1]. Ici le défendeur devra proposer son moyen déclinatoire avant de répondre à la demande ; son silence au début de l'instance suffirait à couvrir le vice de l'incompétence relative.

4° Enfin, aux exceptions pour cause d'incompétence, on peut rattacher l'exception de *litispendance,* que nous trouvons mentionnée en ces termes dans Beaumanoir : « quand li deffendieres dit que li demandieres plede à li de cele demande meismes en autre court[2]. »

B. Exceptions dirigées contre le juge. — Le défendeur qui propose de telles exceptions décline non point la juridiction elle-même, mais seulement la personne du juge. Semblable déclinatoire n'a donc plus rien de commun avec l'exception déclinatoire du droit romain ou *præscriptio fori.*

Les causes de récusation sont d'ailleurs assez nombreuses sous notre ancienne procédure. Les coutumiers citent une foule d'exemples. On peut excepter contre le juge : « s'il est du lignaige de la partie, » — s'il a été avocat en la cause, — s'il est « famillier commensal » de l'un des plaideurs, — « s'il est ennemy de la partie, » et d'une manière générale s'il est suspect pour aucune cause[3], « quant on débat le juge par aucune souspe-

[1] Livre des Droits et Commandements, tome I, no 301, page 425.
[2] Beaumanoir. ch. VII, no 3.
[3] Livre des Droits et Commandements, tome I, no 291, page 420. —

chon c'on met avant[1]. » L'exception contre le juge est proposée dès le début de l'instance, et le défendeur qui l'élève, doit de plus indiquer et prouver les faits sur lesquels il base sa suspicion : cette preuve se fait devant des arbitres choisis ad hoc. La preuve établie, le juge suspect doit se dessaisir[2].

IV. *Exceptions Dilatoires proprement dites.* — Un coutumier les désigne sous le nom de *fins de non recevoir*[3]. Elles dérivent de causes diverses, et il est difficile d'en donner une classification rationnelle, tant sont nombreuses et arbitraires les divisions adoptées par les coutumiers[4].

Les principales dilatoires peuvent cependant être rattachées à trois causes distinctes. Tantôt elles sont fondées sur un vice de forme de la demande, tantôt sur l'incapacité du demandeur ou de son représentant, tantôt enfin sur ce que le droit litigieux n'est pas encore exigible.

Ainsi, le libelle contenant l'exposé de la demande n'est pas suffisamment clair et compréhensible : il y a lieu à l'*exc. libelli obscuri vel inepti*[5] : « quand aucuns dist en se deffence qu'il n'est pas semons souffisamment par quoi il ne veut respondre[6]. »

Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome II, n° 1136, page 426. — Coutumier d'Artois. LII, 6.

[1] Beaumanoir. ch. VII, n° 3.

[2] Sur cette procédure : Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine, tome II, n° 1137.

[3] Ibid. tome II, n° 1139.

[4] Ibid. tome III, n° 62, page 94 : « Il y a dillatoires de personnes, dillatoires de stille et dillatoires de cause. »

[5] Ibid. tome II, n° 1139, page 429.

[6] Beaumanoir. ch. VII, n° 3.

Ou bien l'exception dilatoire peut être opposée à la personne du demandeur, par exemple au minenr qui agit sans son tuteur, à la femme sans autorisation maritale, et généralement à toutes « gens qui sont en autruy pouvoir[1]. » Elle pourrait être dirigée aussi contre le procureur du demandeur, soit à raison des vices de la procuration, soit pour défaut de grâce : « quand on débat procureur por dire contre lor procurations ou por dire que le querele est tele que ele ne se doit pas demener par procureur[2]. »

Enfin, l'exception dilatoire sert à repousser une demande prématurée, c'est-à-dire intentée avant l'arrivée du terme : « quand li demanderes demande dette ou convenance et li deffenderes alligue respit[3]. »

Citons encore pour terminer cette énumération, les *exc. d'excommunication et spolii*, qui ont été empruntées par la procédure civile au droit canonique.

SECTION DEUXIÈME. — *Exceptions Péremptoires.*

C'est à l'exception péremptoire que les coutumiers donnent plus spécialement le nom de *barre*[4]. Elle tend en effet à élever contre la demande un obstacle infran-

[1] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome III, nº 63, page 95.
[2] et [3] Beaumanoir. ch. VII, nº 3.
[4] Beaumanoir. ch. VII, nº 15. « Noz apelons baroier les resons que l'une partie dist contre l'autre, après ce que les exceptions dilatoires sont passées. »

chissable; et les vieux auteurs nous disent en termes absolus qu'elle « destruit et met à nient la chose demandée [1]. »

Quelle est donc, dans la procédure féodale, la marque distinctive de l'exception péremptoire ? en quoi diffère t-elle de la défense proprement dite ? Il est bien difficile de le dire. Les coutumiers se sont approprié la théorie romaine, ils ont attaché à un certain nombre de défenses des étiquettes d'exceptions romaines; de plus ils ont étendu le nom d'exceptions à des moyens qui à Rome opéraient incontestablement *ipso jure*. Quant à chercher entre ces diverses exceptions péremptoires un lien, une idée générale qui leur serve de fondement, il n'y faut point songer. Il ne faut pas songer non plus à les comparer avec l'exception péremptoire des Romains. La ressemblance est dans les mots, elle n'est pas dans les idées. Tout ce qu'on peut dire, c'est que la procédure formaliste a adapté la notion de l'exception romaine à tous les moyens de défense autres que ceux résultant de la négation mot pour mot de la demande.

En partant de ce point de vue, on ne s'étonnera plus de rencontrer dans les coutumiers et dans les styles de procédure une variété infinie d'exceptions péremptoires. C'est ainsi qu'on trouvera dans la collection des Coutumes de l'Anjou et du Maine, sous le titre exceptions péremptoires [2], un chapitre qui entreprend l'énu-

[1] Coutumier d'Artois. VII, 2. — Bouteiller. Somme Rurale, liv. I, tit. 19. « Exception péremptoire est une exception qui du tout périme la demande. » Cf. en Allemagne, Laienspiegel (éd. 1510, page 85) « So seind auch etlich einreden, genennt peremtoriæ, so die sachen etwo gar abschneiden. »

[2] Edition Beautemps-Beaupré. tome III, chap. 29, page 101.

mération d'une profusion de règles de toute nature, d'où la coutume fait sortir, le cas échéant, une barre opposable à la demande.

Quant à nous, nous nous bornerons à citer quelques exemples d'exceptions péremptoires.

1. Les unes sont d'origine romaine. Ce sont notamment les exceptions d'engin ou de dol[1], — de paour et de force[2] : « Convenences faites par force et par peur de mort ne font mie à tenir. » — de chose jugée[3] : les constitutions du Châtelet dispensent de répondre à une nouvelle demande celui qui dans une précédente instance a déjà été une fois absous[4]. — exc. de prescription par longue tenue[5], — de pécune non nombrée, qui revient fréquemment dans nos vieux auteurs, — exc. de transaction[6], — exc. du Scte Velleien, ce sénatus-consulte n'a été abrogé que par l'édit d'août 1606. L'exception péremptoire est encore accordée au débiteur qui s'est engagé « contre droit, contre coustume du païs, et contre toutes bonnes mœurs[7]. » Il en est de même, « toutes les fois que convenence est faite par laide cause; ele ne fait mie à tenir, ne sairemens qui fais en soit, car sairemens n'est mie de telle nature qui oblige l'homme à malisse[8]. »

[1] Bouteiller. Somme Rurale. liv. I, tit. 19.

[2] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome II, page 435 — Coutumier d'Artois. VII, 3.

[3] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine, tome II, page 435.

[4] Const. Châtelet, § 6, (éd. Mortet.)

[5] Ibid. § 53. — Cf. Bocksdorffs Gerichtsformeln, n° IX, bei Böhlau. (Rudorffs Zeitschrift fur Rechtsgeschichte, t. I, page 448.)

[6] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome II, n° 1150. — Cf. Bocksdorffs Gerichtsformeln. loc. cit. page 448.

[7] et [8] Coutumier d'Artois, VII, 3 et 4.

2. D'autres exceptions qui n'ont rien de romain, sont énumérées par les coutumiers. Ainsi le paiement [1], l'usucapion [2], la novation et la délégation [3] engendrent des exceptions péremptoires. De même Beaumanoir cite comme exemples de raisons péremptoires les défenses suivantes : « S'on me demande héritage, et je di qu'il me descendi de mes devanciers comme à droit hoir : ou s'on me demande aucune coze, et je di que je l'ai par title d'acat de celi qui le pooit vendre [4]. » A Rome, de telles défenses constituent la négation de l'*intentio* à laquelle elles sont opposées ; au treizième siècle au contraire, elles ne sont pas regardées comme une réponse directe à la demande, mais simplement comme une barre, c'est-à-dire un moyen de se dispenser de répondre. Ainsi, le plaideur qui se borne à invoquer la prescription acquisitive, le paiement ou tout autre mode d'extinction du droit litigieux, est réputé ne pas entrer dans la discussion de la demande. Point de vue véritablement bien singulier : car il semble que les moyens que nous venons d'énumérer, entrent au contraire dans le vif de la demande, et la combattent directement, dans son fondement juridique.

Enfin une pratique plus récente en arrive à qualifier de péremptoires en la forme, les exceptions qui tendent à faire tomber les actes de procédure vicieux quant à leur forme : et cela par la raison que de telles exceptions

[1] Beaumanoir. ch. VII, no 4. « Si comme s'on me demande cent livres qui me furent prestés, et je alligue paiement. »

[2] Bouteiller. Somme Rurale. liv. I, tit. 19.

[3] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome II, no 1150, page 436.

[4] Beaumanoir. ch. VII, no 4.

détruisent et périment l'acte auquel elles sont opposées[1]. Au dix-huitième siècle, Pothier reproduira encore la distinction des péremptoires en la forme et des péremptoires au fond. Il est superflu de remarquer que l'exception basée sur les vices de forme d'un acte de procédure, n'a rien de péremptoire, puisqu'elle laisse intact le droit du demandeur. La notion de l'exception péremptoire en la forme est de tous points contraire à la doctrine romaine et aux principes de raison sur lesquels repose la théorie des exceptions.

[1] Elles correspondent à peu près à nos exceptions de nullité. Cf. Code de Procédure. art. 173.

CHAPITRE III

ORDRE DE PRÉSENTATION DES EXCEPTIONS ET RAPPORT DE L'EXCEPTION AVEC LA LITIS CONTESTATIO.

La partie de notre sujet à laquelle nous arrivons maintenant, est une de celles que développent le plus longuement les anciens coutumiers. Les praticiens discutent avec beaucoup de soin les deux questions suivantes :

1° A quel moment du procès et dans quel ordre précis les exceptions doivent-elles être proposées?

2° Quelle est l'influence de la production des diverses exceptions sur la marche de la procédure et spécialement sur la *litis contestatio*?

Ici encore la doctrine n'est rien moins qu'assurée; nous retrouvons dans les auteurs des incertitudes et des divergences d'opinion, qu'il sera facile de s'expliquer si l'on songe combien au Moyen Age la notion de l'exception est flottante et confuse.

Un premier principe est toutefois dégagé en termes fort nets par les coutumiers : Le défendeur est tenu,

sous peine de déchéance, de proposer ses exceptions avant toute réponse au fond. Cette règle fondamentale est unanimement reconnue par les auteurs. Déjà, nous la trouvons formulée par Beaumanoir : « Toutes resons soient dilatoires ou péremptoires doivent estre mises avant que li jugemens soit encarquiés, exeptées les resons qui poent esqueir le jugement pendant[1]. » Le coutumier d'Artois s'exprime de la même manière : « Li bare péremptoire est cele qui destruit et met à nient le chose demandée, et le doit proposer li deffenderes avant qu'il se mete en jugement, car puis qu'il aroit respondu à la demande adreciement, il ne le porroit plus proposer, selonc usage de Cort laie[2]. » Enfin, le livre des Droits et Commandements nous apprend que l'on ne peut « après contestacion user de perhemtoire[3]. »

Au surplus, le principe que nous venons de formuler, découle tout naturellement des idées formalistes précédemment exposées. D'une part, nous avons caractérisé l'exception dans la procédure féodale, en la présentant comme un moyen légal d'échapper à l'obligation de répondre par voie de négation *de verbo ad verbum.* A cet égard, le témoignage des textes est formel : le défendeur qui élève une exception, est dispensé de répondre à la demande[4]. D'autre part, nous avons observé que la

[1] Beaumanoir. ch. VII, n$_o$ 6.

[2] Coutumier d'Artois. VII, 2.

[3] Livre des Droits et Commandements. Tome II, n$_o$ 646, page 135.

[4] Olim. I, 502. n$_o$ 28, (arrêt de 1260). Le défendeur ayant conservé pendant 30 ans la possession de l'objet litigieux « respondit quod non tenebatur super hoc respondere. »

— Olim. I, 492, n$_o$ 9. « determinatum fuit quod non tenetur super hoc respondere. »

réponse en forme de négation pure et simple lie irrévocablement le défendeur qui l'a fournie. Le plaideur qui oppose à la demande une dénégation directe et immédiate, accepte de plaider sur le fond du procès, et est présumé renoncer à tout autre moyen de défense.

L'exception devra donc être produite avant toute réponse au fond. C'est là une règle absolue, et qui s'applique à toute espèce d'exceptions, même aux péremptoires. Elle reçoit un tempérament unique, concernant les exceptions nées au cours de l'instance : ces dernières, nous a dit Beaumanoir[1], peuvent être proposées à tout moment du procès, tant que le jugement n'a pas été rendu.

En matière criminelle au contraire, la réponse précède l'exception. Poursuivi pour un crime, le défendeur doit donc opposer tout d'abord une dénégation immédiate et absolue ; l'exception, s'il y a lieu, viendra plus tard. On considère ici l'exception comme une défense insuffisante, et l'on suppose que le défendeur, s'il est réellement innocent, commencera par repousser énergiquement l'imputation dont il est victime. L'accusé qui ne se défend que par voie d'exception, est tenu pour coupable et encourt condamnation[2].

Ainsi le premier acte du défendeur, après l'exposé de la demande, doit être de faire valoir ses exceptions. Il arrive parfois qu'au jour de la comparution, tous les délais étant épuisés, le défendeur ne se présente pas en justice. En pareil cas, défaut est pris contre la partie absente. En général, et principalement dans les affai-

[1] Beaumanoir. ch. VII, no 6.

[2] Glasson. Hist. Inst. Angl. tome III, page 487. — Brunner. op. cit. (Rev. crit. législ. et jurisp. 1872) page 241.

res de quelque importance, le premier défaut ne suffit pas à entraîner condamnation contre le défaillant; celui-ci supporte seulement les frais et dépens résultant de son défaut[1]. Il en est ainsi notamment pour les actions immobilières : le défendeur à ces actions peut faire défaut à deux reprises différentes ; il sera réassigné jusqu'à trois fois. « Mais par trois contumaces le défendeur perd sa possession[2] ; » la saisine de l'immeuble litigieux n'est accordée au demandeur que sur le troisième ajournement. Quelques coutumiers organisent au cas de défaut un système assez compliqué, qui s'applique spécialement en matière personnelle et mobilière. L'idée essentielle de ce système est de punir le défaillant, en le privant, suivant la gravité du défaut, de tout ou partie de ses exceptions. Ainsi le premier défaut fait perdre au défendeur ses exceptions déclinatoires. Au second défaut le défendeur perd le droit d'opposer ses dilatoires. Enfin au troisième défaut, le défaillant est déchu de toutes ses exceptions, même des péremptoires. Et Bouteiller, qui signale ces diverses déchéances, insiste sur celle qui résulte du troisième défaut, en ces termes : « Le défaillant est exclus et débouté de toutes deffences, contredits et reproches[3]. » Ce qui ne veut pas dire que le demandeur obtienne nécessairement gain de cause. Dans certaines cours, il reste tenu de prouver la légitimité de son droit, sans que

[1] Du Breuil. Stil. Parl. ch. VII, § 1.
[2] Grand Coutumier de France. liv. III, ch. 10. (éd. Charondas, page 357.)
[3] Bouteiller. Somme Rurale, liv. I, tit. 5. (éd. Charondas, page 25) — Grand Coutumier de France. loc. cit. page 350.
— Glasson. Hist. Inst. Angl. tome III, page 485.

le défendeur puisse lui opposer aucun moyen de défense ; dans d'autres, le profit du défaut lui est adjugé de plein droit.

Nous venons de voir à quel moment du procès le défendeur est tenu de présenter ses exceptions. Reste à déterminer l'ordre dans lequel ces exceptions seront produites[1]. En principe, les déclinatoires doivent être proposées les premières, puis les dilatoires, et en troisième lieu les péremptoires. Cet ordre est consacré par les divers coutumiers ; il s'impose au défendeur, à peine de déchéance des exceptions qui n'ont pas été proposées en temps opportun. Ainsi le plaideur qui oppose d'abord une exception dilatoire, est réputé renoncer à ses déclinatoires. De même la production d'une exception péremptoire entraîne la perte de toutes exceptions dilatoires ou déclinatoires.

Cependant les coutumiers placent en dehors de cet ordre quelques exceptions spéciales, notamment les exceptions de procuration et de grâce, et les exceptions dirigées contre l'ajournement. « Le commencement du défendeur, dit le Grand Coutumier de France, si est de débatre la procuration et la grâce du demandeur[2]. » L'*exc. procuratorii* ou *fundationis* est

[1] Sur l'ordre de présentation des exceptions : Beaumanoir. ch. VII, nos 5 et 14. — Du Breuil. Stilus Parlamenti. liv. I, ch. 13. — Grand Coutumier de France. liv. III, ch. 3. — Bouteiller. Somme Rurale. liv. I, tit. 17. — Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome II, nos 1124 à 1126, page 423. — Imbert. liv. I, ch. 31.
— Tanon. Ord. proc. civ. (Nouv. Rev. hist. 85) page 326.
— Glasson. Sources proc. civ. franç. (Nouv. Rev. hist. 81,) page 452.
— Warnkönig et Stein. Gesch. des franz. Prozesses. tome III, page 544.

[2] Grand Cout. de France. loc. cit. (éd. Charondas, page 302.)

fondée soit sur un vice de la procuration, soit sur l'incapacité du mandataire à représenter autrui en justice. L'*exc. gratiæ* est opposable aux procureurs « auxquels il convient avoir grâce [1], » et à qui la grâce fait défaut, spécialement au procureur du demandeur [2], « quia actor non potest per procuratorem agere, nisi super hoc gratiam regis habuerit [3]. » La grâce d'avoir procureur est accordée au demandeur par lettres royaux, moyennant paiement d'une taxe. Les *exc. procuratorii* et *gratiæ* sont donc les premières qu'il faille élever contre le demandeur [4]. Quant au défaut même de procuration, il peut être opposé en tout état de cause [5].

En second lieu, le défendeur doit débattre l'ajournement. Si l'ajournement est irrégulier, entaché de quelque vice, et que le défendeur omette de s'en prévaloir au début de l'instance, ces vices sont couverts. Ainsi le défendeur qui soulève un moyen dilatoire ou péremptoire, accepte l'assignation et l'approuve [6].

Vient ensuite l'*exc. declinatoria fori* ou déclinatoire

[1] Grand. Cout. de France, liv. III, ch. 6.

[2] Jusqu'à l'ordonnance du 15 janvier, 1528 (art. 1,) les défenseurs et les personnes publiques peuvent seuls plaider par procureur.

[3] Du Breuil. Stil. Parl. ch. XIII, § 3.

— Masuer. Pr. for. tit. de Contumaciâ. § 4, page 26. « Procurator actoris non admittitur ad agendum sine gratiâ per quam princeps concedit actori facultatem comparendi per procuratorem. »

[4] Du Breuil. Stil. Parl. ch. XIII, § 2 et 3. — Masuer. tit. IX, n° 8, (éd. Guenois.)

[5] Du Breuil. loc. cit. § 3. » Et etiàm si constaret quod procurator non est fundatus, istam exceptionem reus poterit proponere vel post litem contestatam. »

[6] Grand Coutumier de France. liv. III. ch. 3 (éd. Charondas, page 302.)

de la juridiction : enfin, les demandes de jours, jour de conseil, jour de vue, jour de garant.

Ces diverses exceptions forment une classe à part, et doivent être invoquées dès le début de l'instance, dans l'ordre où nous venons de les énumérer. Toutes autres exceptions sont réparties en trois groupes, déclinatoires, dilatoires et péremptoires.

1. Les déclinatoires passent les premières. « Exception déclinatoire se doit proposer au commencement de la cause et avant que aprouver la juridicion[1]. » Ainsi l'exception d'incompétence se perd, si elle n'est proposée au début de l'instance, pourvu d'ailleurs que l'incompétence soit telle qu'elle puisse se couvrir par le silence des parties.

2. Puis, les exceptions dilatoires. Elle doivent être dégagées des péremptoires et proposées avant ces dernières[2]. Le défendeur ne pourrait même pas produire simultanément les péremptoires et les dilatoires ; en opsant à la fois les unes et les autres, il perdrait les dilatoires. « Car si je disois tout ensanlle mes resons qui ne me doivent aidier fors que délaier le plet, c'on apele exeptions dilatoires, et celles qui sont au principal de le querele, c'on apele exeptions péremptoires, j'aroie renoncé as exceptions dilatoires[3]. » Il faut donc placer en première ligne les dilatoires. Cependant Beaumanoir

[1] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome III, nº 30, page 88.

[2] Beaumanoir. ch. VII, nº5.

— Du Breuil. Stil. Parl. ch. XIII, § 18. « Ubi pars rea incipit proponere peremtorias anté dilatorias, sibi præjudicium facit in dilatoriis, quia ex tunc ad aliquam dilatoriam proponendam non admittetur, et hoc propter præposterationem. »

[3] Beaumanoir. ch. VII, nº 14.

engage le défendeur, pour plus de sûreté, à faire retenue des péremptoires de manière à se les conserver pour plus tard[1].

Les exceptions dilatoires sont présentées chacune isolément, c'est-à-dire l'une après l'autre, de même que dans la procédure canonique[2].Chacune d'elles fait l'objet d'un jugement particulier. Cependant les exceptions tendant à une même fin, dilatoires ou non, doivent toutes être proposées en même temps[3]. Beaumanoir recommande aux plaideurs d'invoquer, parmi les dilatoires, d'abord celles auxquelles ils tiennent le moins, et en dernier lieu, celles qu'ils croient les meilleures. « Et les meillors resons doit on dire au derrain, porce c'on retient mix les derraines paroles que les premières[4]. »

3. « Quant les exceptions dilatoires sont toutes passées, et il convient de respondre au principal de le querele et metre avant les exceptions péremptoires[5]. » Celles-ci viennent donc les dernières. « Qui prend à venir défendre péremptoirement, il ne peut proposer déclinatoires ne dilatoires[6]. »

Les exceptions péremptoires, à la différence des di-

[1] Beaumanoir, VII, 14.

[2] Le défendeur, qui veut user de plusieurs dilatoires, fera bien, en proposant la première, de se réserver les suivantes. On trouvera la formule de cette retenue dans Böhlau. Bocksdorffs Gerichtsformeln. no XI, (Rudorffs Zeitschrift fur Rechtsgeschichte. 1861. tome I, page 452.)

[3] Olim. I, page 892. (arrêt de 1272.) « Cum a priore exceptione suâ cecidissent, aliis exceptionibus in eâdem causâ ad eamdem finem, secundum consuetudinem hujus curie, uti non poterant. »

[4] Beaumanoir. ch. VII, nº 25.

[5] Beaumanoir. ch. VII, nº 14.

[6] Grand Coutumier de France. loc. cit. liv. III, ch. 3.

latoires, sont proposées toutes en même temps, alors même qu'elles reposeraient sur des motifs différents et qu'elles tendraient à des fins opposées. « Et por ce dit on c'on ne barroie que une fois en le cort laie [1]. » Cette maxime fameuse ne signifie point comme on pourrait le croire au premier abord, que le défendeur ne puisse pas user de plusieurs exceptions. Les plaideurs ont au contraire la faculté d'opposer autant de péremptoires qu'il leur convient, « jasoit ce qu'elles soient contraires [2]. » Mais, tandis que la procédure canonique autorise le défendeur à présenter ses exceptions péremptoires l'une après l'autre, devant les tribunaux laïques on oblige le défendeur à proposer ses exceptions péremptoires toutes ensemble [3]. Le juge statuera sur chacune d'elles séparément, « *de gradu in gradum*, » ainsi que le dit Beaumanoir. Tel est le sens de l'usage répété par nombre de coutumiers: *On ne barroie qu'une fois en cour laie* [4]. « En ton plait entamer, pren te garde quel barre tu porras tantost metre avant pour toi desfendre: car l'on ne barroie en court laie c'une fois [5]. » — « Et lesquelles exceptions péremptoires sont à proposer incontinent après les dilatoires en la contestacion du

[1] Beaumanoir. ch. VII, n° 14.

[2] J. Desmares. Décisions, n° 357. (dans Brodeau. Cout. de Paris. tome II, page 607.)

[3] De ce principe, Beaumanoir (ch. VI, n° 1,) tire la conséquence suivante : En cour de chrestienté, il est fait usage de triplication qu'on donne au défendeur et de quadruplication donnée au demandeur. Mais il n'y a que réplications en cour laie, « por ce c'on ne baroie que une fois çascunne partie. »

[4] Olim. I, page 569 (arrêt de 1265) « Cum consuetudo curie laicalis talis sit quod pluries non proponuntur exceptiones peremptorie in eâdem causâ. »

[5] Const. Châtelet. § 16.

plaid, pour ce que par coustume hon ne barroye qu'une fois et à toutes fins[1]. »

Demandons-nous maintenant quel est l'effet de la production des diverses exceptions sur la marche de la procédure et en particulier sur la *litis contestatio*. Il faut distinguer ici entre les exceptions déclinatoires ou dilatoires et les péremptoires.

Au treizième et au quatorzième siècle, la notion de la *litis contestatio* n'est pas encore parfaitement formée. Les anciens coutumiers nous présentent bien la *litis contestatio* comme le point capital, le moment décisif du procès : c'est elle en effet qui fixe d'une manière définitive les éléments du litige. Mais l'instant auquel elle se réalise, ne se trouve pas aussi exactement précisé qu'il l'était jadis à Rome, qu'il le sera plus tard grâce à l'article 104 de la coutume de Paris[2]. A l'époque de Beaumanoir, de du Breuil et de Bouteiller, la *litis contestatio* n'est caractérisée par aucune formalité spéciale ; elle est purement orale, et résulte simplement des paroles échangées entre les parties dans leur premier débat contradictoire. On nomme *litis contestatio*, *plaid entamé*, *mise en jugement*, *contestation en cause,* la phase de la procédure qui s'ouvre au moment où les parties viennent d'exposer devant le juge leurs prétentions contradictoires sur le fond du litige[3].

Dans une procédure dégagée d'incidents, la contestation en cause résulte de la réponse en forme solennelle

[1] Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine. tome II, nº 1126, page 424.

[2] Warnkönig et Stein. Gesch. des franz. Processes. tome III, page 544.

[3] E. J. Tardif. Etude sur la Litis Contestatio. (thèse 81,) page 289 et suiv.

opposée à la demande. A l'instant précis où le défendeur fournit sa réponse négative, l'instance est liée entre les parties, la *conclusio rei* se produit et les éléments du procès se trouvent irrévocablement fixés. « Plez est entamez quand cleins et respons est fait par devant la justice de la querele principale [1]. »

Mais le moment où s'opère l'entamement de plet est plus difficile à déterminer, lorsque le défendeur se soustrait à la réponse, et se borne à élever des exceptions. En principe dit Masuer, « la seule exception ne faict contestation en cause [2]. » Appliquée aux exceptions dilatoires et déclinatoires, cette règle est rigoureusement exacte. Tant que le demandeur se borne à demander des délais ou à réclamer le renvoi devant un autre juge, il est manifeste que l'instance sur fond n'est pas encore engagée ; ce ne sont là que les préliminaires de la mise en jugement. Au contraire le principe posé par Masuer subit une restriction considérable en ce qui concerne les exceptions péremptoires. La restriction est formulée par Masuer lui-même : « Toutesfois quand le défendeur propose son exception à toutes fins en Cour séculière, la cause est tenue pour contestée. » Ainsi la pratique établissait une distinction qni est la suivante.

1. Le défendeur oppose-t-il une exception péremptoire à la demande, mais en se réservant d'ailleurs la faculté de répondre pour le cas où son exception serait rejetée : en pareille hypothèse, l'exception, même péremptoire, n'entraîne pas la *litis contestatio*, car elle n'est pas opposée à toutes fins. Le défendeur qui, outre

[1] P. de Fontaines. Conseil. ch. XXV.

[2] Masuer. Practique. tit. IX, page 142. (éd. Guenois.)

l'exception, veut se ménager la faculté de répondre au fond, est tenu de faire une réserve en proposant son exception : « Je di que je ne vueil pas respondre, et se drois disait que g'i deusse respondre, si fais-je bien retenue de respondre[1]. »

2. Quand au contraire le défendeur propose son exception péremptoire à toutes fins, c'est-à-dire comme moyen de défense unique et sans réserve aucune, la présentation de cette exception produit la *litis contestatio*. Ainsi le défendeur oppose à une demande de somme d'argent le paiement, le sénatusconsulte Velléien, la *pecunia non numerata ;* semblables moyens, s'ils sont présentés sans retenue de répondre, ouvrent la phase de la mise en jugement. On remarquera que Masuer se place devant les tribunaux séculiers. Nous avons vu en effet que les canonistes n'admettaient point que la production d'une simple exception péremptoire pût emporter à elle seule la *litis contestatio*.

Non-seulement l'exception péremptoire peut entraîner la *litis contestatio* devant les tribunaux laïques, mais encore il semble bien qu'en fait la *litis contestatio* et la production des exceptions péremptoires aient été intimement liées l'une à l'autre. C'est ce qui résulte de la maxime : le péremptoire emporte litiscontestation ; et c'est ce que nous disent expressément la plupart des anciens auteurs. « Lis ità inchoata est et contestata per propositionem exceptionis peremptoriæ[2]. » — « Qui litisconteste par général ny sur toute la demande, ny ne

[1] Const. Châtelet. §56. (éd. Mortet, page 67.) — Beaumanoir. ch. LXI, nº 5.

[2] Du Breuil. Stil. Parl. ch. XIII, § 18.

quiert déclinatoire ny dilatoire autre que péremptoire[1]. » — « On fet litiscontestation ou entamement de plet par l'une des deux manières, c'est assavoir par ny ou par alléguier fait contraire : et icelles deux exceptions sont péremptoires de cause, ne il n'est plus belle péremptoire de ny ou de proposer fet contraire[2]. » Dans la pratique, l'entamement de plet résultait donc le plus fréquemment de la proposition d'une exception péremptoire. Dès le quatorzième siècle, la réponse en forme de négation mot pour mot de l'époque formaliste est devenue relativement rare[3].

Il arrive parfois que le défendeur, proposant une péremptoire, désire néanmoins retarder le moment de la *litis contestatio*, pour se ménager la ressource d'user encore d'autres exceptions. En principe, la production d'une seule péremptoire entraîne l'entamement du plet et fait perdre au défendeur le droit de présenter aucun autre moyen dilatoire ou péremptoire. Cependant la pratique, par une dérogation aux principes, autorise les défendeurs à proposer certaines exceptions péremptoires en forme de dilatoires et sous toutes réserves ; ce qui met momentanément obstacle à la litiscontestation. Cette dérogation est indiquée par du Breuil : « Et hoc verum est nisi peremtoria in modum dilatoriæ proponatur, quod potest cum protestatione quod eam pro-

[1] Bouteiller. Somme Rurale. liv. I, tit. 23. (éd. Charondas, page 123.)

[2] J. Desmares. Décisions. n° 354, dans Brodeau. Cout. de Paris, tome II, page 607.

[3] Sur tous ces points : E. J. Tardif. Etude sur la litis contestatio. (thèse 81,) pages 290 et suiv. — Glasson. Sources de la proc. civ. franç. (Nouv. Rev. Hist. 81) page 490. — Tanon. Ordre proc. civ. (Nouv. Rev. Hist. 85) pages 405 et suiv.

ponit in modum dilatoriæ[1]. » Il suffisait alors que le défendeur présentant un moyen péremptoire sous forme de dilatoire, fît en même temps protestation ou retenue d'opposer plus tard d'autres exceptions, pour le cas où son moyen serait rejeté. Grâce à cette retenue, le moment de la litiscontestation se trouvait différé. Au surplus, la retenue dont fait mention du Breuil, n'est possible que dans trois cas prévus par le Grand Coutumier de France: « Exception péremptoire n'est mie à proposer en lieu de dilatoire, si ce n'est en trois cas: c'est assavoir se aucun venoit contre chose jugée par sentence, finée par prescription ou remise par transaction; et ces choses empêchent litiscontestation[2]. »

En résumé, l'exception péremptoire est la seule qui emporte contestation en cause ou entamement de plaid; encore faut-il pour cela qu'elle soit proposée à toutes fins et sans autre réserve. Toutes autres exceptions, déclinatoires, dilatoires et péremptoires proposées *cum protestatione*, mettent obstacle à la litiscontestation. Il faut croire que les défendeurs abusaient de ces dernières, pour faire traîner la procédure en longueur et retarder le plus possible la contestation en cause. Une ordonnance de Philippe le Bel (1303) pour abréger les procès, décide que dorénavant toutes exceptions formant obstacle à la *litis contestatio* seront proposées dans un délai de dix jours; après ce terme, le défendeur est forclos et perd les exceptions qu'il n'a pas produites à temps[3]. La même ordonnance prescrit de faire la *litis*

[1] Du Breuil. Stil. Parl. ch. XIII, § 18.

[2] Grand Coutumier de France. liv. III, ch. 9. (éd. Charondas, page 343.)

[3] Cf. en droit canon : Const. 4. X, de Exc. liv. II, tit. 25.

contestatio dans un délai de vingt jours à dater de l'ajournement : prescription qui ne s'applique qu'en matière personnelle ; la procédure des actions réelles, allongée surtout par les jours de vue et montrée, se prête difficilement à des délais aussi courts[1].

Nous avons déterminé d'après les coutumiers l'effet de l'exception proposée en justice sur la formation de l'instance et sur l'entamement du plaid. Une fois la *litis contestatio* opérée, les auteurs s'attachent à déterminer ses conséquences, principalement en ce qui touche la production et la discussion des exceptions. A cet égard toutes les règles contenues dans les traités de procédure peuvent se ramener à une seule idée : la *litis contestatio* une fois réalisée fixe d'une manière définitive les éléments du procès. Elle met donc un terme à la production de toutes exceptions. Ainsi elle couvre les nullités de la procédure antérieure et en particulier de l'ajournement[2] ; de même elle couvre les vices de la procuration donnée par le demandeur ; elle attribue compétence au juge, à supposer d'ailleurs que l'incompétence soit de celles qui peuvent se couvrir par l'accord des parties[3]. Enfin elle forme obstacle à la présentation de l'exception péremptoire elle-même ; c'est ce que nous a

[1] Recueil d'Ord. à la suite du Stil. Parl. page 192. (Ord. 1303.) « Si reus conventus tàm in actione reali quàm personali, aliquas exceptiones proponere voluerit, ante litis contestationem detur eidem unica dilatio decem dierum tantum, ad exceptiones dilatorias et peremptorias quæ litis contestationem impediunt, proponendum. » — « In aliis autem debitis et exactionibus personalibus infrà viginti dies ad longiùs litis contestatio fiat. »

[2] Masuer. Pratique. tit. 1. (éd. Guénois, page 7.)

[3] Livre des Droits et Commandements. tome II, n° 646. « Si est que puis que l'en a tant procédé en la cause que contestacion est faite, l'en a aprouvé le juge et sa iuridicion. »

dit formellement le livre des Droits et Commandements : « Et ne puet l'en après contestation user de perhemtoire [1]. » C'est là une différence marquée avec le droit canonique, qui reporte après la litiscontestation le moment de la présentation des péremptoires. Mais la *litis contestatio* ne s'oppose nullement à la discussion des exceptions péremptoires ; c'est au contraire après le plaid entamé qu'elles entrent en discussion, discussion qui forme à proprement parler le fond du débat. Au contraire, les incidents relatifs aux exceptions déclinatoires ou dilatoires doivent être soulevés, et vidés avant contestation en cause [2].

A la fin du treizième siècle, s'introduit l'usage de présenter devant les juridictions royales la demande et défense par écrit. Cet usage venait assurément du droit canonique, où le *libellus* emprunté à la procédure de Justinien, était écrit. Le libelle admis devant les juridictions royales contenait : 1. Les noms des juges et des parties, 2. l'exposé de la prétention du demandeur, 3. les motifs de cette prétention, 4. la requête adressée au juge de condamner au principal et aux dépens, 5. enfin les réserves d'ajouter ou retrancher à la demande [3]. En même temps le demandeur joignait à sa demande une série d'*articuli*, et avançait, point par point, les faits qu'il entendait prouver ; c'était, on le voit, le système des *positiones* et *responsiones* canoniques.

[1] Livre des Droits et Comm. tome II, nº 646.

[2] Sur tous ces points : Tanon. Ordre proc. civ. (Nouv-Rev. Hist. 85) pages 405 et suiv. — E. J. Tardif. Etude sur la litis contestatio. (thèse 1881) pages 295 et suiv. — Albrecht. Die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprocesses. §§ 28 à 31.

[3] Tardif. Proc. civ. au XIIIᵉ siècle, page 73.

Tout d'abord, le libelle n'est obligatoire que dans un petit nombre d'affaires, les plus importantes. Du Breuil nous apprend qu'en matière personnelle, « non datur petitio in scriptis curiæ, sed solum proponitur verbo[1]. » A la fin du quatorzième siècle, Bouteiller nous dira déjà : « Ne doit laisser le juge qu'il ne face les parties apporter leurs raisons par escrit, et qu'il ne les face affermer et répondre sur chacun article à part[2]. » Enfin au seizième siècle, les ordonnances royales rendront l'ajournement par écrit obligatoire dans toutes les affaires[3].

A la demande par écrit le défendeur répond par une défense écrite, et oppose lui aussi ses *articuli* aux *positiones* de son adversaire. Il y a même entre les deux parties communication des demande et défense écrites; un délai de huit jours leur est accordé pour discuter leurs écritures. Ces écritures avaient d'ailleurs la plus grande importance : elles préparaient et fixaient les éléments du débat. « Articuler par écrit, dit Bouteiller, est un des notables faits patrociniens d'advocacerie[4]. » Finalement les conclusions écrites des parties arrivaient devant le juge, et à ce moment s'opérait la *litis contestatio*, qui n'était plus orale, mais qui résultait de la présentation au juge des conclusions contradictoires par écrit[5]. C'est dans ces écritures que se trouveront doré-

[1] Du Breuil. Stil. Parl. ch. XIX, § 1. — J. Desmares. Décisions, no 407. (Brodeau. Cout. de Paris, tome II.)

[2] Bouteiller. Somme Rurale. liv. II, tit. 13. (éd. Charondas, page 763.)

[3] Ordonnance de Villers Cotteret. (1539) art. 16.

[4] Bouteiller. Somme Rurale. liv. I, tit. 22. (éd. Charondas, page 112.)

[5] On trouvera dans Bouteiller. Somme Rurale. liv. I. tit. 23, page

navant consignées les exceptions et répliques des plaideurs[1].

124, et dans le grand Coutumier de France liv. III, ch. 24 (éd. Charondas, page 432) la formule de cette litiscontestation par écrit.

[1] Tanon. Ordre proc. civ. (Nouv. Rev. Hist. 85.) pages 328 et suiv.

TROISIÈME PARTIE

LA THÉORIE DES EXCEPTIONS DANS LA PROCÉDURE MODERNE

CHAPITRE PREMIER

NOTION MODERNE DE L'EXCEPTION ET ÉNUMÉRATION DES PRINCIPALES EXCEPTIONS ADMISES AU SEIZIÈME SIÈCLE

A la procédure féodale succède en France, dès la fin du quinzième siècle, une procédure nouvelle, affranchie des exagérations du formalisme et dégagée des solennités de paroles, — procédure de transition dont les principes, d'abord mal assurés, s'affermiront peu à peu dans la pratique et finiront par venir se déposer dans la grande Ordonnance de 1667. Déjà l'ordonnance célèbre de 1260 avait porté un premier coup aux idées formalistes, en substituant dans les domaines royaux la preuve par enquêtes au combat judiciaire[1],

[1] Etablissements de St-Louis, liv. I, ch. 3 (éd. Viollet, page 8.) — liv. 1, ch. 1, page 2. — Beaumanoir, ch. LXI, nos 15 et 16.

qui formait l'une des bases essentielles de l'ancien procès féodal. Toutefois la procédure formaliste ne commence véritablement à décliner qu'à la fin du quatorzième siècle, et cela, sous l'influence combinée des idées romaines et surtout du droit canonique, dont la supériorité en matière de procédure n'était guère contestable[1]. Enfin, dès le début du seizième siècle, la royauté, parvenue après de longs efforts à réduire les pouvoirs politiques et judiciaires de la féodalité, multiplie les ordonnances relatives à l'administration de la justice et organise à nouveau la procédure devant les juridictions royales[2].

Droit féodal et coutumier, droit canonique et ordonnances royales, tels sont donc les éléments d'où est sorti le système de notre procédure nationale française, système consacré deux fois par l'ordonnance de Louis XIV et par le Code de 1806. Telles sont aussi les sources auxquelles Imbert, notre guide le plus sûr pour la période à laquelle nous sommes arrivés, emprunte les principes de sa Pratique Judiciaire. La pratique d'Imbert, écrite vers le milieu du seizième siècle, est un exposé de droit coutumier, fortement mélangé de théories romaines et canoniques[3]; l'auteur y a fait entrer d'ailleurs les innovations des ordonnances royales, qui durant notre période jouent un rôle prépondérant

[1] Glasson. Sources de la procédure civile française.(dans la nouvelle Revue Historique, année 1880,) page 483.

[2] Garsonnet. Cours de procédure, tome II, page 74.

[3] Dans Imbert, les théories de procédure romaine et canonique sont peut-être plus marquées encore que dans Masuer : au Moyen Age et jusques dans les temps modernes, le progrès de la procédure consiste en effet à se pénétrer sans cesse davantage des principes du droit romain et du droit canon.

en ce qui touche « le fait de la justice », et qui traitent même de la procédure plus encore que des matières de pur droit civil[1].

Deux faits essentiels caractérisent le procès du seizième siècle. C'est d'abord la disparition déjà signalée du formalisme et l'avènement d'une procédure notablement simplifiée, débarrassée de toutes solennités de formes ou de paroles, et par là même plus accessible aux plaideurs. C'est en second lieu la mise en vigueur d'un système d'écritures ou production de demande et défense écrites, échangées entre les parties par l'intermédiaire des procureurs. Cet usage des écritures, emprunté au droit canonique, s'était depuis l'époque de Beaumanoir introduit petit à petit devant les juridictions royales ; les Ordonnances de notre période achèvent de le consacrer et le substituent d'une manière définitive au système de la demande ou défense orales et à l'emploi des formules sacramentelles de l'ancienne procédure[2]. Il ne nous appartient pas de dégager dans tous leurs détails les conséquences des deux grands changements que nous venons de rappeler ; nous nous bornerons à étudier celles qui relèvent plus spécialement de notre sujet, celles qui touchent à la matière des exceptions.

Au seizième siècle, la procédure a répudié les principes du formalisme, et pourtant la pratique est restée sous l'influence des idées féodales, en ce qui concerne la théorie des exceptions. La notion large de l'exception

[1] C'est dans les Coutumes rédigées qu'il faut chercher de préférence les règles du droit civil sous la période qui nous occupe.

[2] Sur l'introduction de la procédure écrite dans les juridictions laïques : Tanon. L'Ordre du procès civil au XIV[e] siècle, (dans la Nouvelle Revue Historique, année 1885) pages 303 et suiv.

a passé dans le droit coutumier de notre époque. Cette notion large, qui tend à voir une exception dans tout moyen de défense autre que la négation directe et formelle de la demande, était, à proprement parler, la conséquence immédiate du formalisme et se rattachait au système primitif de la demande et de la réponse solennelles ; elle avait d'ailleurs trouvé un appui anciennement dans les Commentaires des Glossateurs et dans les doctrines même des canonistes. Au début du seizième siècle, la pratique s'était tellement habituée au sens large du mot exception, que les défenses au fond en étaient arrivées à s'appeler exceptions péremptoires, ainsi qu'il ressort de la maxime bien connue : Le péremptoire emporte litiscontestation [1].

Cependant la théorie des exceptions commence visiblement à s'éclaircir dans notre période. D'une part, les ordonnances royales s'apprêtent à élaguer bon nombre de moyens de défense traités jadis comme des exceptions. D'autre part la pratique elle-même manifeste une tendance à restreindre dans une certaine mesure la portée du mot exception et à envisager notre théorie sous un jour tout nouveau. Cette tendance se trouve déjà marquée dans la Pratique d'Imbert et dans les ordonnances de François Ier en 1535, de Henri III en 1579 [2]. Elle consiste à distinguer dans le procès civil deux sortes de défenses : les unes qui s'attaquent à la préten-

[1] Glasson. Sources de la procédure civ. française, (loc. cit.) page 490. — Schaeffner. Geschichte der. Rechtsverfassung Frankreichs, tome III, page 519.

[2] Voir notamment l'ord. de 1535, ch. XII, art. 11 — ord. de 1579, art. 154. — Cf. Ordonnance de Charles VII, (1453) art. 122. (Recueil d'Edits et Ordonnances royaux de Néron et Girard.)

tion même du demandeur et qui ont pour but de la contester dans son fondement, c'est-à-dire de la nier et de la détruire ; ce sont les défenses proprement dites : les autres qui, sans toucher au fond de la demande, se bornent à en combattre la forme, à en discuter l'opportunité ou à établir que l'action du demandeur n'est pas recevable en justice ; ce sont les exceptions. Il y a, nous dit Imbert, deux sortes d'exceptions, les dilatoires et les péremptoires. « Les dilatoires sont fins de non procéder ou de non recevoir ; les péremptoires sont fins de non-valoir[1]. » Et plus tard, Guy Coquille, reprenant le même point de vue, écrira sous l'article 154 de l'Ordonnance de 1579. « Fins de non recevoir sont exceptions dilatoires qui ont force de péremptoires, comme quand on allègue prescription, etc..... et quand elles sont pertinentes, on n'a que faire d'entrer en connaissance de cause principale[2]. »

Ainsi, la pratique établissait une distinction entre les moyens de défense empruntés au fond du droit, qui entrent dans le mérite de la demande, et les moyens qui tendent simplement à prouver que la prétention du demandeur, fondée ou non, est irrecevable. Les premiers constituaient naturellement des défenses au fond : leur effet était de ruiner le droit de l'adversaire dans son fondement juridique. Les seconds se basaient sur le défaut *a parte actoris* de l'une des conditions requises pour pouvoir intenter l'action : ceux-ci seuls prenaient

[1] Imbert. Pratique Judiciaire, liv. I, ch. 31 (au début du chapitre.)

[2] Note de Guy Coquille sous l'art. 154 de l'ord. de 1579. (Recueil d'Edits et d'Ordonnances royaux. Néron et Girard, tome I, page 591.)

le nom d'exceptions. Poursuivi par exemple en exécution d'une obligation, le défendeur avait donc selon les cas deux sortes de moyens à sa disposition. Invoquait-il une défense proprement dite : en ce cas il acceptait l'instance, il consentait à former la *litis contestatio*, et il se réservait seulement la faculté de venir dire devant le juge : Je ne dois rien et j'en apporte la preuve. Proposait-il au contraire une exception : il s'efforçait alors de couper court au procès, il refusait de se prêter à la contestation en cause, et il contestait au demandeur le droit même de faire naître l'instance. D'où il résulte que les défenses trouvaient naturellement leur place après le moment de la litiscontestation, tandis que les exceptions devaient nécessairement être opposées dès le début de la procédure, *in limine litis*[1]. Ainsi la pratique en était arrivée au seizième siècle à ne plus voir dans l'exception qu'un moyen tiré de la procédure ou une fin de non recevoir. Désormais le mot exception allait éveiller l'idée soit de l'incompétence du juge, du défaut de qualité chez le demandeur ou de l'absence de pouvoirs chez son représentant, soit d'un délai fixé par la coutume ou la convention, soit d'une prescription, d'une transaction ou de la chose jugée. Telles sont, en effet, dans les derniers siècles de notre ancien droit, les principales exceptions citées par les ordonnances ou les auteurs. L'on voit par ces exemples que toutes prennent leur fondement dans le défaut de recevabilité de l'action, et ont pour objet commun d'empêcher la formation de l'instance. L'exception moderne achève par là de se séparer de l'ancienne exception romaine : cette

[1] Guy Coquille, loc. cit. Car, « quand elles sont pertinentes, on n'a que faire d'entrer en connaissance de cause principale. »

dernière, nous ne saurions trop le répéter, s'attaquait exclusivement à la prétention du demandeur, elle tendait à exclure « *id quod in intentionem deductum est*[1] ; » l'exception moderne au contraire est dirigée, non contre la *res in judicium deducta*, mais contre le *judicium* lui-même. Dans le dernier état de notre ancienne procédure, l'exception n'est plus autre-chose qu'une fin de non procéder ou de non recevoir.

Nous avons dit précédemment que la théorie des exceptions s'était à la fois transformée et éclaircie au cours de notre période. On vient de voir dans quel sens cette théorie s'est transformée. Reste à montrer qu'elle s'est aussi considérablement simplifiée. Ceci nous amène à donner l'énumération des principales exceptions admises dans la procédure des seizième et dix-septième siècles. Cette énumération demeure loin d'être aussi fournie qu'à l'époque féodale. Nous ne rencontrons plus ici la variété infinie d'exceptions que nous signalions au temps de Beaumanoir et de du Breuil. La pratique et les Ordonnances royales se sont mises d'accord pour faire disparaître bon nombre d'exceptions organisées par la procédure formaliste ; et d'ailleurs, les auteurs n'appliquent plus qu'à une classe limitée de moyens de défense la qualification d'exceptions, qualification dont les coutumiers et les styles de procédure avaient si étrangement abusé jadis.

La pratique du seizième siècle a conservé la division traditionnelle des exceptions en dilatoires et en péremptoires[2]. Le nombre des dilatoires a sensiblement baissé.

[1] Ulpien, loi 2, pp. de except. XLIV, 1.

[2] Imbert, liv. I, ch.31. — Warnkönig et Stein. Französische Rechtsgeschichte, tome III, page 636.

Dès la fin du quinzième siècle, la théorie du contremand et de l'essoine est tombée en désuétude. A l'époque d'Imbert, il n'est plus question du tout du contremand, et l'essoine ne subsiste plus guère que dans la procédure criminelle[1]. Le système des contremands et des essoines, qui se rattachait d'une manière fort lointaine à la théorie des exceptions[2], ne se comprend bien en effet qu'à l'époque où la représentation judiciaire était interdite. Depuis longtemps cette interdiction avait été levée ; l'ordonnance de 1528, dans son article 1er, autorise même toute personne, demandeur ou défendeur, à plaider par procureur sans lettres de grâce.

En matière de Jours, nous ne trouvons plus au seizième siècle que les délais de vue et de garantie. La royauté s'efforçait à cette époque d'abréger autant que possible la procédure préliminaire, qui, s'il faut en croire l'Edit de Moulins[3], (août 1546) traînait le plus souvent en longueur, grâce aux incidents dont elle était surchargée par les praticiens et les amateurs de chicanes. Dans un but de simplification, et pour accélérer la marche des procès, l'ordonnance de Villers Cotterets abrogea donc définitivement tous les délais d'origine féodale : « Defendons tous autres délais accoutumez d'estre pris auparavant la contestation, soit d'avis, absence, attente de conseil ou autres, fors seulement

[1] Imbert, liv. III, ch. 4. — L'ordonnance de 1535 dans son chapitre XIII, relatif aux procédures criminelles, consacre un texte, l'art 39, aux essoines. — Voir aussi le tit. XI de l'ordonnance de 1670 sur la procédure criminelle.

[2] Beaumanoir, ch. VII, n° 3.

[3] Edits Royaux, (éd. Fontanon.) tome II, page 579. — Cf. Ordonnance de 1539, art. 47.

délay de amener garand si la matière y est disposée [1]. » Aux termes de cet article, (art. 18) le défendeur ne conservait la faculté de demander jour de délai avant la contestation en cause, que dans une hypothèse unique, celle de la garantie. Encore le texte de l'ordonnance (in fine) pour mettre un terme aux longueurs de l'ancien jour de garantie, n'accordait-il pour amener garant qu'un seul délai, qui ne pouvait être renouvelé. L'ordonnance de 1539 n'avait pas parlé du délai de vue: les auteurs soutinrent que l'article 18 n'avait pas entendu abroger les exceptions des vues et montrées, auxquelles il est parfois indispensable de recourir [2]. De fait, ces exceptions ne furent formellement abolies que par l'ordonnance de 1667 [3]. Quant aux jours d'avis, de conseil, d'attente de conseil, ils ont tous disparu à l'époque d'Imbert, à la réserve toutefois des délais pour délibérer de l'héritier légitime et de la femme mariée en communauté, délais qui ont passé dans la procédure moderne [4]. Au surplus, l'ordonnance de Roussillon (1563) revenant sur la prohibition rigoureuse de l'ordonnance de Villers Cotterets, autorise le juge à « régler les parties de tous les délais requis et nécessaires en la cause, selon la

[1] Ordonnance de 1539. Art. 18. (Néron et Girard, tome I, page 172.)

[2] Note de Fontanon sous l'art. 18 dans le recueil de Néron et Girard, tome I, page 173. — Imbert (liv. I, ch. 19) traite encore du jour de vue et restreint aux matières réelles la faculté pour les plaideurs de réclamer ce délai.

[3] Ordonnance de 1667, tit. IX, art. 5. « Abrogeons les exceptions des vues et montrées pour quelque cause que ce soit. » Mais l'ordonnance de 1667 maintenait la théorie des descentes sur lieux, (tit. XXI.)

[4] Ordonnance de 1667, tit. VII.

qualité d'icelle et distance des lieux, comme d'écrire, informer, produire et autres semblables[1]. » Mais ces délais, à la différence des anciens jours d'avis ou de conseil, ne trouveront plus leur place qu'après la contestation en cause.

Outre les exceptions de garantie, de vues et montrées, et les délais pour délibérer de l'héritier légitime et de la femme veuve, nous citerons les exceptions suivantes, admises sous notre période.

1. D'abord les exceptions déclinatoires, qui, depuis le quinzième siècle, tendent à former un groupe à part. La principale exception déclinatoire est celle qui résulte de l'incompétence du tribunal saisi; peu importe qu'il s'agisse d'incompétence à raison de la matière ou à raison de la personne[2]. Cette exception peut naître aussi du privilège que possède parfois le défendeur de pouvoir plaider devant un juge autre que le juge de droit commun[3]. Enfin, elle s'applique aux cas de litispendance et de connexité. Une seconde déclinatoire se tire du droit accordé aux parties de récuser le juge compétent, lorsqu'il s'élève contre ce juge quelque cause de suspicion légitime[4]. Il ne s'agit plus ici d'une véri-

[1] Ordonnance de Roussillon, (1563) art. 2.

[2] La matière des renvois, incompétence ou déclinatoires est traitée par Imbert. liv. I, ch. 21 et suiv. — par l'ordonnance de 1667 tit. VI, art. 3. — par Jousse au dernier siècle. Commentaire sur l'ordonnance civile de 1667, tome I, page 72.

[3] Imbert. liv. I, ch. 23 et 27.

[4] Ordonnance de 1539, art. 10 à 15. — Imbert, liv. I, ch. 18. — On sait que dans l'ancien droit le nombre des causes de récusation n'était pas limité. Outre les causes de récusation prévues par la coutume ou les ordonnances, les plaideurs étaient admis à invoquer contre le juge des causes de suspicion fondées sur des motifs de fait dont l'appréciation appartenait au tribunal. (Ord. de 1667, tit. XXIV,

table exception, et cependant la pratique, sous l'influence des anciennes traditions, tend à assimiler les récusations aux déclinatoires[1]. L'ordonnance de 1667[2] et le Code de 1806 mieux inspirés ont séparé les deux théories, celle des renvois pour cause d'incompétence et celle des récusations.

2. Les exceptions dilatoires sont celles qui ont pour but de différer, de tenir en suspens pour un temps la poursuite de l'action. Nous en avons déjà nommé plusieurs. Citons encore l'exception fondée sur le terme non échu, celle tirée de l'incapacité du demandeur, mineur *sine auctoritate tutoris* ou femme mariée non autorisée, l'exception de la *cautio judicatum solvi* opposable au demandeur étranger[3], enfin l'exception ou bénéfice de discussion du fidéjusseur et du tiers détenteur d'immeuble hypothéqué[4]. L'ancienne exception d'excommunication n'est plus admise devant les juridictions civiles. « Exception d'excommunication n'a lieu en Cour laye, » nous disent au seizième siècle les cou-

art. 12). Lorsque la récusation était déclarée inadmissible, le récusant était condamné à une amende, « moitié envers le roy, moitié envers la partie. » (Imbert, I, 18).

[1] Au dix-huitième siècle, Jousse (op. cit. tome II, page 404) qualifie encore la récusation d'exception déclinatoire.

[2] Ordonnance de 1667, titre XXIV. — Cf. Code de procédure, art. 378 et suiv.

[3] Imbert. liv. I, ch. 30. — Imbert cite encore comme dilatoires les exceptions opposées par le défendeur qui a été ajourné en lieu suspect (ancienne *exc. loci non tuti*) ou en temps inopportun, par exemple en temps de féries, de vendanges, etc... (Imbert. liv. I, ch. 18).

[4] Lange. La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale, (15e éd.) tome I, pages 435 et 436.

tumes rédigées, et leur témoignage est confirmé sur ce point par celui d'Imbert[1].

3. Quant aux exceptions péremptoires, il est impossible d'en donner une définition unique : elles sont en effet de deux sortes bien distinctes. Les unes, que Pothier[2] appellera péremptoires en la forme, sont dirigées contre les actes de procédure entachés de quelque irrégularité et tendent à faire annuler ces actes ; telles sont en particulier les exceptions fondées sur la nullité de l'exploit d'ajournement. Que de telles exceptions n'aient rien de péremptoire, nous l'avons déja observé sous la période féodale, et il est à peine utile d'y insister, tant l'incorrection du langage de nos anciens auteurs semble ici manifeste[3]. Les autres tendent à faire écarter définitivement l'action du demandeur, par la raison que cette action, quel que soit d'ailleurs le mérite du droit auquel elle sert de sanction, ne peut plus être valablement intentée : ce sont les exceptions de prescription, de transaction, de chose jugée. Elles ne s'attaquent pas précisément à la demande, mais elles dénient au demandeur la faculté d'agir en justice. Telle est l'idée sur laquelle reposent les exceptions que Pothier[4] appellera péremptoires du fond : idée éminemment contestable, car il semble bien que la prescription, la transaction et

[1] Voir notamment les Coutumes d'Auvergne (ch. 18, art. 5), et de la Marche. (ch. 14, art. 99). — Imbert. liv. I, ch. 35. (éd. Guenois, page 247). — Loisel. Institutes coutumières, no 709. (éd. de Laboulaye et Dupin, tome II, page 118).

[2] Pothier. Traité de la procédure civile, tome I, page 31.

[3] Boitard et Glasson. Leçons de procédure civile, (14e édition). Tome I, page 371, no 342.

[4] Pothier. Traité de la procédure civile. Tome I, page 33.

la chose jugée atteignent directement le droit du demandeur et en détruisent l'efficacité.

Les deux sortes de péremptoires que nous venons de citer, étaient désignées dans l'usage sous le nom de péremptoires proprement dites. Mais la pratique allait plus loin, et reprenant les errements des Glossateurs, des canonistes et des anciens coutumiers, elle continuait au seizième siècle[1] à étendre le nom d'exceptions péremptoires à toutes défenses au fond, c'est-à-dire aux moyens dirigés contre le fond de la demande. Ainsi, lorsque le défendeur opposait à l'action de son adversaire l'inexistence même du droit prétendu, lorsqu'il invoquait une cause de nullité, établie par les Coutumes, telle que l'absence de cause dans l'obligation[2], le défaut d'autorisation chez la femme mariée, — une cause de rescision, empruntée au droit romain[3], telle que le dol, la crainte

[1] Et même au dix-huitième. Jousse, commentaire sur l'ordonnance civile de 1667, Tome I, page 60.

[2] A Rome, l'une des principales exceptions fondées sur le défaut de cause était l'*exc. non numeratæ pecuniæ*. Les Coutumes rédigées nous apprennent que cette exception qui avait passé dans la procédure féodale sous le nom d'exception de pécune non nombrée, est abolie. « Exception de pécune non nombrée n'a lieu. » (voir notamment les coutumes d'Orléans, tit. XX, art. 444 — de Blois, ch. XXII art. 269. — du Berry, tit. II, art. 31. — d'Auvergne, ch. XVIII, art. 3. — Loisel. Institutes Coutumières, n° 707. — Imbert, liv. I, ch. 35). Cette maxime nouvelle ne signifie point comme on pourrait le croire tout d'abord, que le défendeur doive être condamné à payer des deniers qui ne lui ont pas été comptés. Elle a simplement pour but de déplacer le fardeau de la preuve. A partir du xve siècle, le demandeur « ayant cédule recogneue » n'aura plus à établir la numération des écus. C'est désormais le défendeur qui devra prendre sur lui la charge de prouver que les deniers réclamés en justice n'ont pas été versés.

[3] Jusqu'en 1606, l'une des causes de rescision ou restitution em-

et l'erreur[1], — une cause d'extinction, telle que le paiement, la compensation[2], la novation ou la remise de dette, c'étaient là de véritables défenses au fond, et cependant les auteurs, par un abus de mots dont nous avons trouvé l'origine première dans les traditions du treizième siècle, qualifiaient toujours *lato sensu* ces divers moyens d'exceptions péremptoires[3]. Remarquons au surplus que l'erreur était dans les mots et non point dans les idées. En conservant dans un sens très large le nom d'exceptions péremptoires aux défenses que nous venons d'énumérer, la pratique obéissait aux habitudes de langage qui lui avaient été transmises par les coutumiers et les styles de procédure des siècles précédents. Mais dans la réalité, les moyens tirés du dol, du paiement, de la compensation, etc..... n'en étaient pas moins traités sous notre période comme de pures défenses au fond. Jadis, sous l'empire des idées formalistes, ces divers moyens avaient été mis à part, placés en opposition avec la réponse en forme de simple néga-

pruntées au droit romain prenait sa source dans le Velléien. Les dispositions de ce sénatus-consulte ont été abrogées par l'édit d'août, 1606.

[1] Guy Coquille. Institution au droit français, page 6. « Les remèdes de (telles) restitutions (fondées sur le dol, la crainte ou l'erreur), dépendent du droit civil des Romains, qui n'a force de loy en France et pour authoriser l'obligation qui s'en faist, on a recours à la chancellerie du Roi. »

[2] « Compensation n'a lieu si la dette qu'on veut compenser n'est liquide et par écrit. » Institutes Coutumières de Loisel, n° 705. — Cf. Coutume de Paris, art. 105. — Dans le ressort de la Coutume de Paris, la compensation peut donc être invoquée par le défendeur et appliquée par le juge sans lettres du prince.

[3] Lange. La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale, (15e éd.) tome I, page 458. — Jousse. Commentaire sur l'ordonnance civile de 1667, tome I, page 61.

tion, et soumis de ce chef à des règles de procédure particulières; ils avaient dû notamment être présentés avant l'entamement du plaid, dans un ordre déterminé. Au seizième siècle, ils se confondent à tous égards, avec la défense proprement dite[1] : le défendeur est admis à les produire en tout état de cause, et alors même qu'il aurait commencé par nier purement et simplement la prétention de son adversaire. En un mot, les exceptions dites péremptoires au sens large de l'expression, constituent à notre époque de véritables défenses au fond.

L'on voit, en résumé, que la notion de l'exception, si complexe, si obscure à l'époque féodale, s'est considérablement éclaircie et simplifiée dans la procédure moderne. Au seizième et au dix-septième siècle, toutes exceptions, déclinatoires ou dilatoires, péremptoires dans la forme ou au fond, (et par péremptoires nous n'entendons que les péremptoires proprement dites, puisque ce sont les seules qui méritent de s'appeler exceptions) toutes exceptions, croyons-nous, s'analysent indistinctement en une fin de non recevoir, puisée dans cette idée que l'action du demandeur n'est pas recevable en justice; toutes laissent d'ailleurs absolument intact le mérite, le bien fondé de la demande. Tel est le point de vue auquel ont obéi d'abord les ordonnances de notre période, et plus tard la grande ordonnance de 1667; telle est enfin l'idée fondamentale sur laquelle repose aujourd'hui encore la théorie des exceptions dans notre Code de procédure.

[1] Aussi, l'art. 5 tit. V. de l'ordonnance de 1667, relatif à la présentation en justice des exceptions péremptoires, ne vise-t-il que les péremptoires proprement dites, c'est-à dire les exc. de prescription, transaction, etc....

CHAPITRE II

ORDRE DE PRÉSENTATION DES EXCEPTIONS. LEUR INFLUENCE SUR LA MARCHE DU PROCÈS CIVIL.

Au seizième siècle, la procédure n'est plus orale, mais écrite. Le système féodal des demandes et réponses échangées de vive voix dans des formules sacramentelles a disparu. C'est au cours de ce dialogue, engagé en présence du juge, que le défendeur produisait jadis ses exceptions. A l'époque d'Imbert, il faut chercher les exceptions du défendeur dans les écritures que les parties, représentées par leurs procureurs, se signifient réciproquement avant d'arriver devant le juge.

La procédure s'ouvre par un ajournement qui est à la fois écrit[1] et libellé[2], c'est-à-dire qui contient outre

[1] Ordonnance de Roussillon, art. 1. — Ordonnance de 1667, tit. II, art. 6.

[2] L'usage devant la juridiction civile des ajournements dits libellés remontait déjà au 14e siècle. Mais cet usage n'a été définitivement imposé au demandeur que par les ordonnances de notre période. Ordonnance de 1539, art. 16. « Que tous ajournements pour faire, intenter nouveaux procès seront libellez sommairement et contiendront la

les noms du demandeur et du défendeur l'indication sommaire de la demande et des moyens sur lesquels elle se fonde [1]. A la suite de l'ajournement, vient la présentation, qui ne ressemble que d'assez loin à l'ancienne présentation solennelle en cour du temps de Beaumanoir, de du Breuil et de Bouteiller [2]. Sous notre période, la présentation, qui n'a plus guère que la valeur d'une formalité assez peu utile, s'accomplit aux greffes dits de présentation [3].

Puis, les parties en viennent aux écritures. L'ajournement libellé constituait déjà un commencement d'écritures, puisque le demandeur y avait énoncé sommairement, mais d'une manière suffisamment explicite, l'objet de ses prétentions et les motifs sur lesquels ces prétentions s'appuyaient. Cependant le demandeur conservait après l'ajournement la faculté de développer ses premières conclusions dans des écritures complémentaires qui étaient communiquées au procureur de la partie adverse. En même temps le demandeur offrait

demande et moyens d'icelle en brief, pour en venir prest à défendre par le défendeur au jour de la première assignation. » — Cf. Ord. de Rousillon, art. 1. — Ord. de 1667, tit. II, art. 1.

[1] Glasson. Sources de la procédure civile française, loc. cit. page 486. — E. J. Tardif. Etude sur la Litis Contestatio, (thèse 1881) page 304.

[2] Du Breuil. Stil. Parl. ch. V § 12. — Bouteiller. Somme rurale, liv. I tit. 6, (éd. Charondas, page 33).

[3] Encore le demandeur a-t-il été affranchi de cette formalité par l'ord. de 1667, (tit. IV). Aux termes de l'ordonnance, le défendeur restait seul tenu de se présenter au greffe dans un délai de huitaine ou de quinzaine, pour y déclarer constitution de procureur. La nécessité d'une présentation fut rétablie pour le demandeur par un édit de 1695, qui paraît avoir été assez mal observé dans la pratique.

production ou dépôt au greffe des pièces qu'il invoquait à l'appui de sa demande. A son tour le défendeur présentait sa réponse écrite. La réponse était donnée, comme la demande, en dehors du juge ; elle achevait de préciser les points de droit ou de fait sur lesquels les parties se trouvaient en litige.

Ainsi que nous l'avons dit précédemment, le défendeur pouvait opposer deux sortes de moyens. Ou bien il attaquait la demande dans son fondement, c'est-à-dire qu'il posait des conclusions directement sur la prétention du demandeur: ainsi il niait purement et simplement le droit allégué en justice, ou encore il invoquait le paiement, le dol, la compensation, en un mot les diverses causes de nullité, de rescision ou d'extinction que nous avons citées plus haut. Ou bien le défendeur se bornait à opposer une fin de non recevoir, une exception : exception d'incompétence, de prescription, de chose jugée, et tant d'autres déjà nommées. Mais le défendeur était bien plus étroitement limité dans la production de ses exceptions que dans la présentation des défenses au fond. Tandis que les défenses, susceptibles d'être opposées en tout état de cause, pouvaient sans inconvénient être omises ou différées au début de la procédure, les exceptions au contraire devaient en principe être soulevées dès les premières écritures, *in limite litis*. Il était d'ailleurs naturel qu'elles fussent produites préalablement à tout autre acte de procédure, puisqu'elles étaient destinées à arrêter le cours d'une action prétendue irrecevable. Le défendeur se trouvait donc tenu, sous peine de déchéance, de faire valoir dès le premier instant de la cause ses exceptions, quelles qu'elles fussent.

C'est assez dire que les exceptions devaient être proposées à la fois avant la litiscontestation et avant toutes défenses au fond. A cet égard les prescriptions des ordonnances sont formelles. « Tous les procès qui pourront estre expédiez et jugez en droit par fins de non recevoir seront expédiez et jugez par droit et par les fins de non recevoir, sans appointer icelles parties en faits contraires en icelui procès[1]. » Ce qui revient à dire que les exceptions, quelles qu'elles soient, doivent être élevées et vidées avant que l'on en arrive au principal du débat. L'ordonnance de 1667 s'exprime dans le même sens : « Dans les défenses seront employées les fins de non recevoir, nullités des exploits ou autres exceptions péremptoires, si aucunes y a, pour y être préalablement fait droit[2]. » Régulièrement, les fins de non recevoir, aussi bien exceptions dilatoires que péremptoires[3], étaient donc nécessairement introduites par le défendeur dans ses premières écritures et discutées dès le début du procès. Cependant les dispositions des ordonnances n'étaient réellement observées qu'à l'égard des déclinatoires et des dilatoires[4]. En ce qui concerne les

[1] Ordonnance de François I, 1535, ch. XII, art 11. — Cf. Ord. de 1535, ch. VIII, art. 5. — Ord. de Louis XII, 1510, art. 29. — Ord. de Henry III, 1579, art. 154.

[2] Ordonnance de 1667, tit. V, art. 5.

[3] Nous avons en effet constaté avec Guy Coquille que les exceptions de prescription, de transaction ou de chose jugée constituent de véritables fins de non recevoir. (Note de Guy Coquille sous l'art. 154 de l'ordonnance de 1579. Néron et Girard. Recueil d'Edits, tome I, page 591). — De même Imbert nous fait remarquer que les exceptions de transaction et prescription « empeschent contestation sur le principal. » (Imbert, liv. I, ch 36, page 256).

[4] Au dix-huitième siècle, il semble même que la discussion des exceptions déclinatoires et dilatoires ait été assez fréquemment renvoyée

exceptions péremptoires de prescription, de chose jugée et de transaction, la pratique s'était affranchie à la fois des traditions de l'époque formaliste et des prescriptions royales. Conformément aux usages du procès canonique, elle laissait au défendeur la liberté de produire ces dernières exceptions *in quacumque parte litis*, c'est-à-dire jusqu'à la sentence. En résumé, il est de principe, dans les derniers siècles de notre ancien droit, que le défendeur soulève ses exceptions ou fins de non recevoir au début de la procédure, préalablement aux défenses au fond et avant le moment de la contestation en cause ; cette règle ne fléchit qu'en ce qui touche les exceptions péremptoires du fond, lesquelles seront admises par le juge pendant tout le cours de l'instance.

Voyons maintenant l'ordre selon lequel les exceptions seront proposées, lorsque le défendeur en aura plusieurs à invoquer. Nous retrouvons ici dans les auteurs l'ancien principe posé par Beaumanoir[1] et par les coutumiers du treizième ou quatorzième siècle. Ce principe est formulé par Loisel dans les termes suivants : « Qui de barres se veut aider, doit commencer aux déclinatoires pour venir aux dilatoires et finalement aux péremptoires : et si les dernières met devant, ne s'ai-

après le moment de la litiscontestation. C'est du moins ce que nous apprend Boutaric, l'un des commentateurs de l'ordonnance de 1667. « Les juges autrefois, dit Boutaric, ne pouvaient régler et appointer les parties que les fins de non recevoir n'eussent été préalablement jugées. Mais l'usage est tel aujourd'hui que si peu que les fins de non recevoir soient contrariées par le demandeur, le juge appointe les parties sans préjudice des fins de non recevoir. » (Explication de l'ordonnance de 1667, tome I, page 38).

[1] Beaumanoir, ch. VII, nos 5 et 14.

dera des premières[1]. » Imbert nous donne la même règle: « Les dilatoires doivent être proposées avant les péremptoires. » Avec une réserve cependant: « Toutefois si le défendeur veut, il les proposera bien toutes ensemble, mais protestera qu'il entend les proposer subordinément et requerra luy en estre fait droict par ordre[2]. »

Ainsi l'on conservait encore au seizième siècle l'ancien ordre de présentation du procès féodal. Les exceptions déclinatoires passaient toujours les premières : elles devaient notamment être opposées avant toute demande de délai. « Auparavant que le défendeur prenne délay de garant, il faut qu'il advise et considère s'il est bien convenu : car après qu'il aurait prins le dit délay, il ne pourrait pas demander son renvoi par devant son juge parce que l'on approuve la jurisdiction en laquelle l'on demande ledit délay[4]. » A cet égard les récusations étaient assimilées aux déclinatoires pour incompétence. « Quand la matière y eschet (aux récusations) il faut ce faire avant toute œuvre et que y faire autre expédition : car par l'expédition que l'on y ferait, l'on approuverait la personne du juge par devant lequel elle serait faite[5]. » Au second plan venaient les exceptions dilatoires auxquelles on adjoignait les péremptoires en la forme, fondées sur une nullité d'exploit ou d'acte de

[1] Loisel, Institutes Coutumières, (éd. de Laboulaye et Dupin), no 702.

[2] Imbert. liv. I, ch. 31.

[3] Pierre Liset. Practique Judiciaire (éd. Charondas) page 100.

[4] Imbert, liv. I ch. 21. — Cf. Coutume de Lille, tit. 10, art. 146. « Quand un défendeur a défendu et conclu en cause, ou requis avoir autruy à garant, il est privé de toutes excèptions déclinatoires. »

[5] Imbert, liv. I, ch. 18 (au début du chapitre).

procédure [1]. Jusqu'en 1667, les exceptions dilatoires furent proposées l'une après l'autre, chacune d'elles donnant lieu à un incident particulier [2]. C'était là une source de lenteurs dans la procédure. L'ordonnance de 1667 prescrivit au défendeur de produire conjointement toutes ses dilatoires. « Celui qui aura plusieurs exceptions dilatoires sera tenu de les proposer par un même acte [3] : » texte dont la reproduction, assez maladroite à notre avis, dans le Code de 1806, a si fort embarrassé les commentateurs modernes. Enfin après les déclinatoires et les dilatoires, le défendeur opposait ses péremptoires et ses défenses au fond, qui, nous l'avons déjà ob-

[1] Lorsque le vice de l'ajournement consiste simplement dans la mention inexacte du nom ou du domicile du défendeur, Imbert décide que ce vice est couvert par le seul fait de la comparution de l'ajourné. En effet les formalités relatives à l'indication des noms, profession, domicile du défendeur tendent simplement à assurer la remise exacte de l'ajournement. Or la comparution du défendeur établit suffisamment que la remise de l'exploit a eu lieu régulièrement. « Celuy qui compare n'est plus recevable à dire qu'il n'est deuement et bien adjourné : et il purge tout le défaut de l'ajournement. » (Imbert, liv. I, ch. 18, page 127). Cette doctrine qui plus tard fut encore soutenue sous l'ordonnance de 1667, n'est guère admissible aujourd'hui en présence des termes absolus de l'art. 61, Code de procédure.

[2] Cette pratique était conforme aux usages de l'ancien procès civil. Nous avons fait une réserve toutefois pour les exceptions tendant à une même fin. (Olim. I, page 892).

[3] Ordonnance de 1667, tit. IX, art. 1. — Cf. Code de procédure, art. 186.

En Allemagne, le Jüngste Reichs Abschied décide de même que le défendeur sera tenu de produire par un seul et même acte tous ses moyens dilatoires ou péremptoires, sous peine de déchéance. « Soll der Citirte und Beklagte... was er darbey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles uff einmahl, bei Strafe der Präclusion, einbringen. » (J. A. R. 1654 § 37). — Albrecht, op. cit. pages 163 et 164.

servé, pouvaient être soulevées en tout état de cause.

Tous ces moyens, exceptions et défenses, se trouvaient consignés dans les écritures du défendeur, qui produisait en même temps au greffe ses pièces de justification. Mais les écritures ne s'arrêtaient pas là. A la réponse du défendeur succédait le plus souvent une réplique du demandeur, puis une duplique, une triplique : de sorte que le moment de la litiscontestation se trouvait indéfiniment retardé. L'ordonnance de 1539 avait bien essayé de remédier à cet abus d'écritures, en décidant qu'il ne serait admis après la réponse du défendeur qu' « une seule addition ou deux au plus, en quelques matières que ce soit[1]. » Mais Dumoulin nous apprend que la disposition de l'ordonnance n'était pas observée. Enfin, l'ordonnance de 1667 abroge définitivement « l'usage des dupliques, tripliques, additions premières et secondes et autres écritures semblables, » défend aux juges d'y avoir égard et de les passer en taxe[2]. Cette prohibition ne s'adressait qu'aux écritures précédant la litiscontestation ; une fois la litiscontestation opérée, les parties demeuraient libres de multiplier leurs écritures, autant qu'elles le jugeaient convenable.

Au seizième siècle, nous n'avons plus à nous demander quelle est l'influence de la production des diverses exceptions du défendeur sur la formation de la contestation en cause. On se rappelle que dans le dernier état du procès féodal la litiscontestation, d'abord orale, puis écrite, résultait le plus habituellement de la présenta-

[1] Ordonnance de 1539, art. 44. — Dumoulin a écrit en note sous cet article : « Non servatur. » (Dans Néron et Girard. Edits Royaux, tome I, page 187).

[2] Ordonnance de 1667, tit. XIV, art. 3.

tion d'une exception péremptoire. A l'époque d'Imbert, l'échange des prétentions contradictoires des parties devant le juge pas plus que la production des demande et réponse écrites ne suffit à opérer la litiscontestation. Pour que la cause soit mise en état, il faut un nouvel élément, une nouvelle formalité, qui est l'intervention du juge. Déjà Imbert nous avertit que la pratique de son temps ne se contentait plus de la notion canonique de la *litis contestatio*. En droit canon, la *litis contestatio* était l'œuvre des parties : elle résultait suffisamment de de l'*animus* et des *verba* contradictoires opposés par le défendeur à la prétention de son adversaire[1]. Imbert exige en outre l'appointement du juge. « Nous prenons la contestation en cause quand le défendeur a défendu et le juge baillé son appointement par dessus ou bien à escrire, informer et produire, ou bien à escrire et à produire[2] ». Cet appointement, que l'ordonnance de Roussillon appelle « appointement de contestation en cause[3], » est « un jugement préparatoire[4] par lequel le juge ordonne pour être mieux instruit que les parties écriront ou produiront sur un ou plusieurs points de fait ou de droit qui n'ont pu être suffisamment éclaircis et expliqués à l'audience[5]. » Ainsi l'appointement ordonne une mesure d'instruction, destinée à avancer la procédure et à préparer le juge-

[1] Durand. Speculum. de lit. cont. § I, nº 16.

[2] Imbert. liv. I, ch. 14. — Cf. la note de Charondas le Caron sur le ch. 23, liv. I, de la Somme Rurale de Bouteiller. (éd. Charondas, page 123).

[3] Ordonnance de Roussillon, art. 2.

[4] Ce peut être aussi un jugement interlocutoire.

[5] Laurière sur Ragueau. vº Appointement. (Glossaire du Droit Français).



ment sur le principal[1]. L'intervention du juge marque alors le moment précis où s'opère la contestation en cause[2]. D'ailleurs Laurière fait observer que l'appointement à écrire ou à produire doit, pour entraîner litiscontestation, porter nécessairement sur une défense au fond et non sur une exception[3] : cela semble assez naturel puisque les exceptions tendent précisément à empêcher la contestation en cause, et puisqu'aux termes de l'ordonnance de 1535 (art. 11, ch. XII) elles sont vidées avant que conclure au principal du procès. Toutefois la remarque de Laurière n'est exacte qu'à l'égard des déclinatoires ou des dilatoires. Quant aux péremptoires il convient de faire avec Imbert une réserve : « Selon le droit commun, il y a aucunes exceptions qui empeschent la contestation de la cause comme l'exception de transaction et de prescription : qui se doit entendre qu'elles empeschent contestation sur le principal, mais non pas sur icelle exception. Car il faut sur icelle contester cause[4]. »

Ainsi au seizième siècle la production d'une défense au fond ou d'une exception péremptoire n'emportait plus à elle seule litiscontestation. Il fallait encore que les parties eussent été, selon l'expression employée

[1] Aux termes de l'ordonnance de Roussillon (art. 2) le juge est autoriser à régler aussi par l'appointement de contestation en cause les délais nécessaires en l'affaire.

[2] Brodeau déclare que l'intervention du juge n'emporte point litiscontestation, lorsque l'appointement n'est point donné sur les demandes et défenses, et en connaissance de cause sur le fond : c'est ainsi qu'un « simple règlement à venir plaider au premier jour par advocats » n'opérerait pas la contestation de la cause. (Brodeau, coutume de Paris, sur l'art. 104, tome II, page 120).

[3] Laurière. Coutume de Paris, tome I, page 302.

[4] Imbert. liv. I, ch. 36 (éd. Guénois, page 256).

alors, « reiglées d'appoinctement » par le juge sur leur demande et défense. Le principe formulé par Imbert est repris plus tard par la Coutume de Paris dans son article 104. « Contestation en cause est quand il y a règlement sur les demandes et les défenses. » Enfin ce même principe est consacré définitivement par l'ordonnance de 1667. « La cause sera tenue pour contestée par le premier règlement, appointement ou jugement qui interviendra après les défenses fournies, encore qu'il n'ait pas été signifié[1]. »

Quel est au surplus l'effet de la litiscontestation opérée, au point de vue de la présentation des exceptions? Nous avons déjà eu occasion de le dire. Ainsi nous savons que la litiscontestation lie les parties devant le juge et par conséquent s'oppose à ce que le défendeur puisse décliner la juridiction incompétente, au moins lorsqu'il s'agit d'incompétence *ratione personæ*[2]. De même la litiscontestation entraîne déchéance du droit de proposer des causes de récusation. Enfin, elle met un terme à la production et à la discussion des exceptions dilatoires[3]. Il semble d'ailleurs que pendant le cours des derniers siècles, la contestation en cause tende à perdre de son importance. C'est ainsi notamment que dans le dernier état du droit ancien, les juges en arriveront, selon le témoignage de Boutaric[4], à appointer les parties sur le principal malgré les fins de non recevoir soulevées par le défendeur, et à renvoyer

[1] Ordonnance de 1667, tit. XIV, art. 13.

[2] Lange. La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale, tome I, page 409.

[3] Lange, op. cit. tome I, pages 415 et 426.

[4] Boutaric. Explication de l'ordonnance de 1667. Tome I, page 38.

la discussion des exceptions déclinatoires ou dilatoires après la contestation en cause[1].

Ici s'arrête notre tâche. Nous avons suivi la théorie des exceptions depuis le moment où elle renaît sous la plume des Glossateurs et des canonistes, jusqu'à la veille de l'Ordonnance civile de 1667. Au point où nous en sommes arrivés, la notion de l'exception était enfin dégagée des obscurités par lesquelles elle avait passé au Moyen Age. L'Ordonnance de 1667 se trouvait en présence d'une théorie parfaitement formée ; il ne lui restait plus qu'à consacrer les principes auxquels la pratique avait fini par s'arrêter après de longues incertitudes. C'est ce qu'elle a fait. Reprenant les bases sur lesquelles reposait notre théorie à la fin du seizième siècle, elle a fondé définitivement le système moderne de l'exception envisagée comme simple fin de non recevoir[2]. L'Ordonnance de 1667 a d'ailleurs été suivie de près par les rédacteurs du Code de 1806, qui n'ont guère fait que reproduire en notre matière les règles admises dans le dernier état de notre ancienne procédure.

[1] Sur la litiscontestation au seizième siècle : E. J. Tardif. Etude sur la litis contestatio, (thèse 1881) pages 308 et suiv. — Tanon. Ordre du procès civil, loc. cit. pages 407 et 408. — Warnkönig et Stein, op. cit. tome III, pages 637 et suiv. — Schaeffner, op. cit. tome III, page 520.

[2] En étudiant la procédure des XVIe et XVIIe siècles, nous avons eu, chemin faisant, l'occasion de signaler par avance les améliorations et les innovations introduites par l'ordonnance de 1667 dans la matière des exceptions. Nous n'avons donc plus à y revenir. Rappelons seulement que l'ordonnance supprime définitivement l'usage des anciens jours, (tit. IX, art. 5) décide que les plaideurs seront tenus dorénavant de présenter leurs dilatoires par un seul et même acte, (tit. IX, art. 1) et enfin maintient l'obligation pour le défendeur de faire valoir ses exceptions au début du procès et avant toutes défenses au fond, (tit. V, art. 5.)

CONCLUSION

Que reste-t-il aujourd'hui de toute cette théorie des exceptions qui a tenu jadis une si large place dans notre procédure française ? Bien peu de chose : à peine quelques moyens dilatoires, — et encore si peu nombreux, que les jurisconsultes se sont vus fort embarrassés, lorsqu'il s'est agi de trouver sous les articles 186 et 187 du Code de 1806 quelques exemples d'exceptions dilatoires venant donner satisfaction à la règle contenue dans ces deux textes[1]. Depuis la fin du XIII[e] siècle, on peut dire que l'histoire des exceptions en France se

[1] On sait en effet que l'art. 186 C. Pr. prescrit au défendeur de proposer conjointement toutes ses exceptions dilatoires. D'autre part l'art. 187 dispose que l'héritier et la femme commune en biens pourront élever isolément et avant toute autre dilatoire l'exception tirée des délais pour faire inventaire et délibérer. Or le Code de procédure ne reconnait que deux exceptions dilatoires : celle de l'art. 174 et l'exception de garantie. La contradiction entre les art. 186 et 187 est donc manifeste. Elle ne peut s'expliquer qu'historiquement : les rédacteurs du Code ont eu la maladresse de reproduire dans nos deux textes la disposition des art. 1 et 2. tit. IX, de l'ordonnance de 1667 : disposition qui se comprenait à une époque où les exceptions dilatoires étaient encore assez nombreuses, mais qui n'a plus de sens aujourd'hui.

résume en une suite non interrompue d'atteintes et de restrictions apportées à la notion de l'exception. Cette notion, si large à l'époque féodale, a commencé par embrasser tous les moyens de défense qui ne se réduisent pas à une négation pure et simple de la demande ; sous l'empire des idées formalistes, le nombre des exceptions fut infini. Au xvi[e] siècle, le domaine de l'exception était déjà bien diminué : la pratique n'y faisait plus rentrer qu'un nombre limité de défenses, fondées sur cette idée que l'action du demandeur n'était pas recevable en justice. A ce moment la théorie des exceptions se confondit avec celle des fins de non recevoir. Enfin cette théorie a été réduite à sa dernière expression par le Code de 1806. Aujourd'hui le Code de procédure cite une exception déclinatoire, qualifiée de renvoi pour cause d'incompétence, et quelques exceptions dilatoires qui ne sont, elles aussi, que des fins de non recevoir, c'est-à-dire des moyens opposés à la demande pour se dispenser d'y répondre jusqu'à ce qu'un délai soit expiré ou une faute de procédure réparée. Quant aux exceptions péremptoires, il n'en est plus fait mention.

Ainsi le droit actuel, mettant à part les fins de non recevoir tirées de la procédure, a repoussé définitivement la distinction traditionnelle des défenses et des exceptions. A coup sûr nous ne sommes pas de ceux qui songent à la faire revivre. Si les idées que nous avons développées au cours de notre étude sont fondées, s'il est vrai que l'exception soit née à Rome du conflit de la législation prétorienne avec le pur droit civil, enfin si on reconnaît avec nous le caractère et la signification exclusivement historiques de la distinction des défenses et des exceptions, on conviendra qu'il ne peut plus être

question d'exceptions aujourd'hui. Quel serait dans nos lois le fondement de l'exception? Nous n'avons plus comme à Rome la superposition de deux législations contradictoires d'origine et d'âge différents ; la lutte du *strictum jus* et de l'équité ne se produit plus chez nous. Notre droit ne distingue plus parmi les défenses qui peuvent être élevées contre l'action du demandeur ; toutes se valent, toutes opèrent de la même façon.

On a cependant essayé parfois de séparer en deux classes les divers moyens auxquels recourt le défendeur. Les uns, a-t-on dit, attaquent de face la demande et consistent dans une négation formelle. Les autres laissent subsister la prétention qu'ils combattent et se fondent sur l'existence chez le défendeur d'un droit indépendant venant paralyser, sans pourtant le détruire, le droit rival du demandeur ; c'est ce qui se produit dans le cas de compensation. Seuls les premiers moyens sont des défenses ; les seconds ne sont que des exceptions. Pour nous, nous ne pouvons accepter cette manière de voir. Une différence de forme ou de fond entre les moyens qui nient la demande et ceux qui la paralysent, ne se conçoit plus dans notre droit. L'idée d'une demande qui est fondée et qui échoue, pouvait se comprendre à Rome ; chez nous elle n'est pas admissible. Entre une prétention fondée et une prétention non fondée, il n'y a plus de milieu aujourd'hui. Si le défendeur triomphe, c'est donc assurément que la demande de son adversaire n'est pas conforme au droit.

En d'autres termes, nous ne reconnaissons plus qu'une seule espèce de défenses, qui toutes ont pour effet de nier dans son fondement, de détruire la prétention du demandeur. Il n'y a plus de place dans nos Codes pour

les exceptions péremptoires. « Il ne peut plus en être question, disait en 1806 le tribun Faure dans son rapport sur le titre des exceptions ; elles appartiennent au Code Civil. Ce sont celles qui tendent à détruire ou éteindre l'action du demandeur : comme la prescription, la compensation ou le paiement[1]. » Que signifiaient les paroles du rapporteur ? Elles signifiaient qu'il faut aujourd'hui considérer l'exception comme un moyen emprunté exclusivement à la procédure, par opposition aux défenses proprement dites ou moyens tirés du fond du droit. Ainsi que nous l'avons observé, les exceptions, au sens moderne du mot, ne sont plus que des fins de non recevoir tirées des fautes de procédure commises par le demandeur dans l'exercice de son action. Lors donc que le tribun Faure affirmait que les anciennes péremptoires de prescription, de compensation ou de paiement appartiennent au Code Civil, il entendait dire que ces divers moyens, n'étant pas puisés dans les lois de la procédure, constituent non plus des exceptions, mais de véritables défenses au fond.

On remarquera que la question de savoir s'il existe dans notre droit actuel des exceptions péremptoires, ne présente plus qu'un intérêt purement théorique. A supposer qu'il y ait encore des péremptoires, il est certain qu'aucune des règles écrites au titre des exceptions ne leur serait applicable. Au surplus la controverse se restreint nécessairement à un nombre très limité de moyens de défense. Quant au dol, quant à la crainte ou à l'erreur, il n'est plus possible d'en faire sortir des exceptions, puisque le Code civil y a formellement attaché

[1] Locré. Législation civile de la France, tome XXI, page 585.

des causes de nullité. Ainsi l'absence de dol est devenu dans notre droit un élément essentiel de validité des actes juridiques[1]. De même la remise de dette et la compensation sont énumérées au Code civil parmi les sources d'extinction des obligations[2] ; le débiteur qui les invoque, oppose donc à la demande une véritable dénégation. Les auteurs qui ont essayé de faire revivre les exceptions péremptoires, citent comme telles les exceptions de prescription, de transaction, de chose jugée[3] : c'étaient là, on s'en souvient, les péremptoires du fond de notre ancienne procédure. A l'égard de la prescription, il semble cependant que le législateur ait levé tous les doutes en la définissant « un moyen d'acquérir ou de se libérer[4]. » N'était-ce pas dire par là même que le défendeur à l'action réelle dénie formellement à son adversaire le droit de propriété dont il est lui-même devenu titulaire par l'effet de la prescription acquisitive ? N'était-ce pas dire aussi que le débiteur est autorisé à nier en droit la créance éteinte par une prescription libératoire ? Restent la transaction et la chose jugée. Nous avons indiqué par avance les raisons qui nous déterminent à voir dans ces deux moyens de véritables défenses au fond. Le défendeur qui invoque la transaction ou la chose jugée, ne se borne pas à fournir une réponse de pure procédure ; il descend au fond de la demande, et les moyens qu'il oppose à la prétention de

[1] Code Civil, art. 1109 et suiv.

[2] Code Civil, art. 1234.

[3] Aubry et Rau. Cours de Droit Civil Français, tome VIII, page 126. — Joccoton. Des exceptions de procédure, nos 2 et 4.

[4] Code Civil, art. 2219. — 712. — 1234.

son adversaire tendent réellement à établir que cette prétention est sans fondement.

Il n'y a plus d'exceptions dans le droit moderne. Nous ne connaissons plus que des défenses entraînant l'absolution définitive du défendeur, ou des fins de non recevoir tenant en suspens la demande jusqu'à achèvement d'un délai ou jusqu'à rectification d'une procédure mal commencée. Telle est la conclusion nécessaire de notre étude historique : tel est aussi le point de vue auquel nous tenons fermement pour notre part, et nous avons ici l'heureuse fortune de nous rencontrer avec nombre d'interprètes et des plus autorisés[1]. Les Allemands qui possèdent un *heutige römisches Recht* et qui par conséquent ont recueilli dans leur droit les institutions juridiques de l'époque romaine classique, ont eu à se demander s'il existait encore des exceptions dans leur législation : ils ont résolu la question dans le sens où nous la tranchons nous-mêmes ; ils ont rejeté la distinction des défenses *ipso jure* et des exceptions[2]. Ainsi la notion de l'exception a fait son temps; elle a disparu ou à peu près de nos Codes. Il nous reste à souhaiter qu'elle disparaisse aussi des usages de la pratique, qui,

[1] Bonjean. Traité des Actions. Tome II, page 300 et note 2. — Boncenne. Théorie de la procédure civile. Tome I, pages 81 et suiv. Tome III, pages 310 et suiv. — Boitard et Glasson. Leçons de procédure civile. (14e éd.) Tome I, n° 342. — Garsonnet. Cours de procédure. Tome I, pages 610 et suiv. —

[2] Albrecht. Die Exceptionen des gem. teutschen Processes. §§ 38 à 40. — Eisele. Die Materielle Grundlage der exceptio, pages 119 et suiv. — Zimmermann. Kritische Bemerkungen zu Eiselé's Schrift. — Lenel. Uber Ursprung und Wirkung der Exceptionen, pages 135 et suiv. —

par un singulier attachement aux idées romaines et aux traditions de notre vieille procédure française, continue à employer dans son langage les qualifications, les épithètes et les divisions de l'ancienne théorie des exceptions.

POSITIONS

I. — Positions prises dans la thèse.

Droit Romain.

1. La loi Cincia est une loi prohibitive. Voir pages 71 et suiv.

2. Toutes les exceptions, sans distinction entre le fond et la forme, sont d'origine prétorienne. Voir pages 115 et suiv.

3. Les défenses d'équité, réputées sous entendues dans les actions de bonne foi, n'en demeurent pas moins véritablement des exceptions dans les *bonæ fidei judicia*. Voir pages 159 et suiv.

4. En changeant de nom et de forme, les *præscriptiones pro reo* n'ont pas changé de nature et d'effets. Voir pages 183 et suiv.

Droit Canon.

La production d'une exception péremptoire n'emporte pas à elle seule *litis contestatio* dans le procès canonique. Voir pages 266 et suiv.

Droit Français.

1. Le moyen de défense tirée de l'inexigibilité de la créance à terme ne constitue pas une exception dilatoire, mais bien une défense au fond. Peu importe que le terme ait été stipulé dans le contrat ou consenti par une convention ultérieure. Voir pages 350 et suiv.

2. Il en est de même du moyen puisé par la caution dans le bénéfice de division. Voir pages 350 et suiv.

3. Il n'y a plus d'exceptions péremptoires dans le droit actuel. Voir page 353.

II. — Positions prises en dehors de la thèse.

Droit Romain.

1. Dans la promesse *dolum malum abesse abfuturumque esse,* le promettant ne répond pas du fait des tiers.

2. Le prêteur qui agit *ex mutuo* n'est pas tenu de prouver le transfert de propriété des écus qui ont été comptés à l'emprunteur.

3. La formule *in factum* des actions *depositi et commodati* est antérieure en date à la formule *in jus* des mêmes actions.

4. La compensation légale n'a jamais été admise à Rome, pas même dans le droit de Justinien.

Droit Civil.

1. L'option du mineur Alsacien-Lorrain est valable, alors même que les parents qui ont opté séparément pour leur enfant mineur, auraient perdu eux-mêmes la nationalité française.

2. L'enfant né avant le 180e jour du mariage naît légitime, par une fiction de légitimité et non pas de légitimation.

3. Les risques de la chose aliénée sous une condition résolutoire sont à la charge de l'acquéreur.

4. La responsabilité édictée par l'art. 1385, C. C. à raison du dommage causé par un animal n'est pas encourue par le propriétaire, *auquel* aucune faute n'est imputable.

Procédure Civile.

1. Les tribunaux français sont compétents pour juger les contestations entre étrangers.

2. La réintégrande ne doit être accordée qu'au seul possesseur: elle n'exige pas la possession annale.

Droit Criminel.

1. Il n'est pas nécessaire que le complice ait eu connaissance des circonstances aggravantes tenant *ex re* à la nature de l'in-

fraction principale, pour encourir l'augmentation de peine qu'elles entraînent.

2. L'excuse de provocation n'est pas admissible au cas de violence ou voie de fait envers les agents de la force publique dans l'exercice de leurs fonctions.

Vu par le Président

GLASSON.

Vu pour le Doyen, par l'assesseur,

J. E. LABBÉ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

